

COMENTARIO SOBRE *CHINA – DETERMINADAS MEDIDAS QUE AFECTAN A LOS SERVICIOS DE PAGO ELECTRONICO*,
INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

*Gabriel Gari**

Resumen: El Grupo Especial en el asunto China – Medidas que afectan a los servicios de pago electrónico, distribuyó su informe el 16 de julio del 2012. El caso, iniciado por los Estados Unidos, examina la conformidad de determinadas prescripciones mantenidas por China en relación con los servicios de pago electrónico para las transacciones con tarjetas de pago, con las obligaciones de acceso a los mercados y trato nacional asumidas por ese país en materia de servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios (incluyendo los pagos por importaciones y exportaciones). Apenas el tercero en la historia de la OMC que versa exclusivamente sobre el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el presente informe realiza valiosos aportes sobre el concepto de servicios integrados y el criterio para clasificar dichos servicios en la lista de compromisos específicos, los criterios relevantes para evaluar la similitud entre proveedores de servicios nacionales y extranjeros y sobre la relación entre el artículo XVI y XVII, que contribuyen a una mejor comprensión de un área sumamente compleja del derecho de la OMC como es la regulación del comercio de servicios.

Palabras clave: Artículos XVI y XVII AGCS, servicios de pago electrónico, acceso a mercado, trato nacional, solución de diferencias, China, Estados Unidos, ESD, OMC.

Fecha de recepción: 16-2-13 Fecha de aprobación: 7-5-13

COMMENTARY ON *CHINA – CERTAIN MEASURES AFFECTING ELECTRONIC PAYMENT SERVICES*, PANEL REPORT

Abstract: On July 16, 2012, the Panel issued its Report in China – Certain Measures Affecting Electronic Payment Services. The case, initiated by the United States, examines the compliance of certain requirements maintained by China regarding electronic payment services for payment card transactions with the market access and national treatment commitments undertaken by China in services relating to "[a]ll payment and money transmission services, including credit, charge and debit cards, travelers cheques and bankers draft (including import and export settlement)." Just the third in the history of the WTO that deals exclusively with the GATS, this report provides valuable insights on the concept of integrated services and the criteria to classify this type of services in the list of specific commitments, the relevant criteria for assessing the similarity between service providers and on the relationship between Article XVI and XVII, which contribute to a better understanding of a highly complex area of WTO law as it is the case of the regulation of trade in services.

* Senior Lecturer in International Economic Law, Queen Mary, University of London (g.gari@qmul.ac.uk)

Key words: GATS Articles XVI and XVII, electronic payment services, market access, national treatment, dispute settlement, China, United States, DSU, WTO.

Contenido

I. Introducción.....	113
II. Aspectos Procesales	114
1. Artículo 6.2 ESD	114
2. Problemas de traducción.....	117
III. Aspectos Substantivos	118
1. Los servicios en cuestión.....	118
2. Compromisos específicos de China.....	121
A. Sentido corriente.....	121
B. Contexto	122
C. Objeto y fin.....	127
3. Las medidas impugnadas.....	128
4. Compatibilidad de las medidas impugnadas con el artículo XVI del AGCS.....	131
A. Compromisos en el modo 1	131
B. Compromisos en el modo 3.....	133
C. Alcance del párrafo 2a) del artículo XVI del AGCS.....	134
D. Prescripciones relativas a los emisores, equipos terminales y adquirentes	135
E. Prescripciones relativas a Hong Kong / Macao.....	136
5. Compatibilidad de las medidas impugnadas con el artículo XVII del AGCS	137
A. Compromisos en el modo 1	137
B. Compromisos en el modo 3.....	140
C. La cuestión de si las prescripciones de China afectan al suministro de servicios.....	141
D. La cuestión de similitud.....	141
E. La cuestión de trato menos favorable	143
IV. Comentarios Finales.....	146

I. Introducción

En el presente asunto, los Estados Unidos cuestionan una serie de medidas adoptadas por el Banco Popular de China relacionadas con la prestación de los servicios de pago electrónico (SPE) para las transacciones con tarjetas de pago y los proveedores de esos servicios ("proveedores de SPE"), en el entendido de que dichas medidas impondrían restricciones de acceso al mercado Chino a los proveedores de SPE de otros miembros de la OMC, y modificarían las condiciones de competencia en favor del proveedor local de SPE, China Union Pay (CUP), que serían incompatibles con las obligaciones establecidas a ese país en virtud de los artículos XVI y XVII del AGCS. Tal como se analizará más adelante, los proveedores de SPE, mediante redes, normas y procedimientos e infraestructura de procesamiento, reciben, comprueban y transmiten la información que las partes necesitan para realizar transacciones con tarjetas de pago, y gestionan, facilitan y permiten la transmisión de fondos entre las entidades participantes. La relevancia del presente asunto para el demandante se desprende del hecho de que los principales proveedores de SPE del mundo tienen su sede principal en los Estados Unidos y, según cálculos de éste país, en China se procesan anualmente transacciones electrónicas con tarjetas de pago por valor de 1 trillón de dólares.¹ Ello sin perjuicio de la relevancia de los SPE en cualquier economía moderna como herramienta fundamental para facilitar no sólo el consumo doméstico sino también el comercio internacional de bienes y servicios.

Más específicamente, en la solicitud de celebración de consultas dirigida a China el 20 de Septiembre del 2010, los Estados Unidos identificaron una serie de instrumentos jurídicos, alegando que solos o en combinación impondrían prescripciones que requieren el uso de CUP y/o establecen a CUP como único proveedor de SPE para todas las transacciones nacionales denominadas y pagadas en Renminbi (RMB); prescripciones impuestas a los emisores de que las tarjetas de pago emitidas en China lleven el logotipo CUP; prescripciones de que todos los cajeros automáticos, los equipos de procesamiento de tarjetas para comerciantes y los terminales de puntos de venta en China acepten las tarjetas de CUP; prescripciones de que las instituciones adquirentes exhiban el logotipo de CUP y puedan aceptar todas las tarjetas de pago que lleven el logotipo de CUP; prohibiciones de la utilización de tarjetas que no sean de CUP en las transacciones interregionales o interbancarias y prescripciones relativas a las transacciones electrónicas basadas en tarjetas en China, Macao y Hong Kong. Según los Estados Unidos, dichas prescripciones serían inconsistentes con los compromisos en materia de acceso a los mercados y trato nacional asumidos por China en el subsector d) del sector 7.B de su lista de compromisos específicos, esto es, servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios (incluyendo los pagos por importaciones y exportaciones).

¹ Comunicado de prensa del *United States Trade Representative* del 16/07/12 accesible en <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2012/july/us-wins-services-dispute-with-china> [última visita 12/02/13].

China, por su parte, sostuvo que los servicios de compensación y pago objeto de la presente diferencia no son clasificables en el subsector d) sino que dichos servicios deberían ser clasificados en el párrafo 5 a), subsector xiv) del Anexo sobre Servicios Financieros (“Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables”), subsector respecto del cual China no asumió compromiso alguno.

Las consultas no permitieron a las partes arribar a una solución mutuamente satisfactoria, motivo por el cual el Miembro consultante decidió solicitar el establecimiento de un Grupo Especial (GE) para efecto de que conociera del asunto. En la reunión del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) del 25 de Marzo de 2011, se estableció un GE para resolver las reclamaciones mencionadas. Al respecto, el 25 de Mayo de 2012, el GE emitió su informe final² concluyendo, en lo fundamental, que los instrumentos jurídicos chinos señalados por los Estados Unidos no imponen prescripciones que requieran el uso de CUP y/o establezcan a CUP como único proveedor de SPE para todas las transacciones con tarjetas de pago en RMB nacionales; ni tampoco imponen amplias prohibiciones del uso de tarjetas "que no sean las de CUP" para transacciones interregionales o interbancarias. Sin embargo, el GE constató que las prescripciones relativas a Hong Kong/Macao son incompatibles con el párrafo 2 a) del artículo XVI del AGCS porque, contrariamente a los compromisos de China sobre acceso a los mercados en el modo 3 respecto del sector 7.B d), mantienen una limitación al número de proveedores de servicios en forma de monopolio. Asimismo, el GE constató que las prescripciones relativas a los emisores, a los equipos terminales y a los bancos adquirentes son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS, porque en oposición a los compromisos de China en materia de trato nacional en el modo 1 y el modo 3 respecto del sector 7.B d), esas prescripciones no otorgan a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que China dispensa a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares. Al no haber sido apelado, el informe del GE fue adoptado por el OSD el 31 de agosto del 2012.

Apenas el tercero en la historia de la OMC que trata exclusivamente sobre el AGCS, el presente informe realiza valiosos aportes sobre el concepto de servicios integrados y el criterio para clasificar dichos servicios en la lista de compromisos específicos, los criterios relevantes para evaluar la similitud entre proveedores de servicios nacionales y extranjeros y sobre la relación entre el artículo XVI y XVII, que contribuyen a una mejor comprensión de un área sumamente compleja del derecho de la OMC como es la regulación del comercio de servicios.

II. Aspectos Procesales

1. Artículo 6.2 ESD

China solicitó al GE una resolución preliminar que declarase la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos incompatible con

² Informe del Grupo Especial, China - Determinadas medidas que afectan a los servicios de pago electrónico, WT/DS413/R, 16 de julio de 2012.

el párrafo 2 del artículo 6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD) por no incluir una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación suficiente para “presentar el problema con claridad”.³

El párrafo 2 del artículo 6 del ESD, establece lo siguiente:

“Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.”

China adujo que la solicitud de establecimiento de un GE era insuficiente, “... porque no relaciona las medidas y los servicios en litigio con los compromisos adquiridos por China en un subsector determinado...”.⁴ En particular, China sostuvo que dicha solicitud ofrecía una definición única de los servicios en cuestión “servicios de pago electrónico para las transacciones efectuadas con tarjeta de pago”, que no correspondía a ninguno de los subsectores que aparecen en su Lista de compromisos específicos⁵, agregando que la ausencia de una relación clara entre los servicios en cuestión con el sector o subsector específico de su lista le impedía preparar su defensa.⁶ En segundo lugar, China destacó haber contraído compromisos diferentes en los distintos modos de suministro y alegó que, en consecuencia, la naturaleza y el alcance de sus obligaciones en materia de acceso a mercado y trato nacional dependían, entre otras cosas, del modo de suministro, sin embargo, la solicitud presentada por los Estados Unidos no ofrecía indicación alguna del modo o los modos de suministro que consideraban en litigio.⁷ A juicio de China, tal omisión implicaba que la solicitud presentada por los Estados Unidos no satisfacía el requisito de “presentar el problema con claridad”⁸ y obligaba a China a comenzar a preparar su defensa sobre la base de meras especulaciones acerca de la naturaleza y el alcance de las alegaciones de los Estados Unidos.⁹

En primer lugar, el GE observó que China no cuestionaba la claridad de la definición de los servicios en cuestión, sino más bien el hecho de que la expresión utilizada por los Estados Unidos no figuraba en su Lista.¹⁰ Aunque el GE reconoció que podía no resultar inmediatamente claro en cuál de los subsectores identificados estaba englobado cada uno de los servicios en cuestión, advirtió que ello no implicaba que la información contenida en la solicitud de establecimiento de un GE no fuese suficiente para “presentar el problema con claridad”.¹¹

³ Resolución Preliminar del Grupo Especial, WT/DS413/4, 7 de septiembre de 2011, párrafo 4.

⁴ *Ibid*, párrafo 22.

⁵ *Ibid*, párrafo 25.

⁶ *Ibid*, párrafo 25.

⁷ *Ibid*, párrafo 39.

⁸ *Ibid*, párrafo 39-40.

⁹ *Ibid*, párrafo 43.

¹⁰ *Ibid*, párrafo 32.

¹¹ *Ibid*, párrafo 35.

El GE recordó que la obligación de “presentar el problema con claridad” se refiere a la relación entre las medidas impugnadas y las disposiciones jurídicas citadas. En este sentido, el GE consideró que no existe confusión en cuanto a la relación que tratan de establecer los Estados Unidos entre las medidas en litigio y las disposiciones jurídicas citadas¹² ya que la solicitud describe los servicios en cuestión como los “servicios de pago electrónico respecto de transacciones efectuadas con tarjetas de pago”; identifica varias medidas en litigio de las que se dice que afectan al comercio y a los proveedores de los servicios pertinentes; identifica las obligaciones de acceso a los mercados y trato nacional que corresponden a China en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo XVI y el artículo XVII del AGCS; identifica tres subsectores d), k) y l) de la Sección II, 7 (Servicios financieros), B (Servicios bancarios y otros servicios financieros), respecto de los cuales China asumió compromisos con arreglo a los artículos XVI y XVII del AGCS y, finalmente, deja claro que las medidas en litigio supuestamente impuestas por China infringen los párrafos 1 y 2 del artículo XVI y el artículo XVII del AGCS.¹³

En consonancia con lo dispuesto en el informe del GE en el asunto *Australia – Manzanas*, el GE señaló que el párrafo 2 del artículo 6 exige una “breve” exposición de los fundamentos de derecho, en virtud de lo cual China no debería esperar recibir explicaciones tan detalladas que le permitiesen “terminar” la preparación de su defensa únicamente sobre la base de la solicitud de establecimiento de un grupo especial.¹⁴ El GE agregó además que exigir a los Estados Unidos que expliquen exactamente en qué forma los servicios en cuestión están relacionados con los tres subsectores identificados, equivaldría a exigir que presentaran, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, argumentos concretos en apoyo de sus alegaciones, cuando la provisión en cuestión requiere exponer únicamente las alegaciones que se formulan, pero no obliga a la parte reclamante a incluir argumentos y pruebas para demostrar que las medidas de la parte demandada infringen las disposiciones de la OMC identificadas.¹⁵

En segundo lugar, el GE observó que a pesar de que en la solicitud no se identificaba de manera explícita ningún modo de suministro, se desprendía claramente de la misma que en opinión de los Estados Unidos, China había asumido compromisos de acceso a los mercados y de trato nacional en tres subsectores identificados que abarcan los servicios de pago electrónico respecto de transacciones efectuadas con tarjetas de pago.¹⁶ En este sentido, el GE consideró que la solicitud identificaba las medidas concretas en litigio, incluida una lista de los “instrumentos” pertinentes que debería ayudar a China a formarse una opinión acerca de si una determinada medida era o no objeto de un compromiso de acceso a los mercados o de trato nacional por lo que respecta a determinado modo de suministro¹⁷, y agregó además que los propios términos de la solicitud no revelaban una intención de limitar las alegaciones exclusivamente a determinados modos de suministro¹⁸.

¹² *Ibid*, párrafo 19.

¹³ *Ibid*, párrafos 13-19.

¹⁴ *Ibid*, párrafo 37; Informe del Grupo Especial, *Australia - Manzanas*, párrafo 7.929.

¹⁵ *Ibid*, párrafo 38.

¹⁶ *Ibid*, párrafo 48.

¹⁷ *Ibid*, párrafo 50.

¹⁸ *Ibid*, párrafo 49.

En definitiva, el GE consideró que era discernible a partir de la solicitud, principalmente por la mención de los subsectores pertinentes, qué modos de suministro eran considerados en litigio por los Estados Unidos.¹⁹

El GE volvió a reiterar – esta vez citando al Informe del Órgano de Apelación *CE-Banano III* - que en una solicitud de establecimiento de un grupo especial deben constar únicamente las alegaciones de la parte reclamante, no los argumentos que respaldan esas alegaciones y, en consonancia con dicho criterio, sostuvo que exigir que los Estados Unidos expliquen en su solicitud cómo o por qué las medidas impugnadas son incompatibles con los compromisos asumidos por China en el marco de los modos de suministro pertinentes equivaldría, habida cuenta de los hechos de este asunto, a exigir que presentasen argumentos concretos en apoyo de sus alegaciones.²⁰

En conclusión, el GE consideró que la exposición de los fundamentos de derecho incluidos en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos era suficiente para “presentar el problema con claridad”, rechazando la objeción preliminar interpuesta por China, en virtud de la cual tal solicitud debería considerarse incompatible con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.²¹

2. Problemas de traducción

China cuestionó las traducciones al inglés de determinadas medidas en litigio que fueron presentadas por los Estados Unidos, alegando que habían traducido incorrectamente determinadas palabras o expresiones, lo que afectaba al sentido original de las medidas.²² A los efectos de dirimir los problemas de traducción, el GE sugirió a las partes designar, como traductor independiente, a la División de Servicios de Conferencias de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra (ONUG) para que proporcionara asesoramiento lingüístico especializado sobre la traducción correcta de las cuestiones pendientes.²³ La sugerencia fue aceptada por las partes y se procedió en consecuencia, en particular, para dirimir las discrepancias respecto de la traducción de los instrumentos jurídicos que se referían al logotipo que deben exhibir las tarjetas bancarias emitidas en China y los equipos terminales utilizados en China.²⁴ El traductor independiente proporcionó al Grupo Especial un dictamen sobre los problemas pendientes que fue remitido a las partes para que presentaran observaciones escritas al respecto.²⁵ Sobre esa base, el método aplicado por el GE consistió en remitirse a la traducción de la parte reclamante, a menos que las partes hubieran llegado específicamente a un acuerdo sobre una traducción distinta o que el GE haya optado por seguir el asesoramiento del traductor de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.²⁶

¹⁹ *Ibid*, párrafo 49.

²⁰ *Ibid*, párrafo 52. Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 141.

²¹ *Ibid*, párrafo 58.

²² *Ibid*, párrafo 1.9.

²³ *Ibid*, párrafos 1.10-11.

²⁴ *Ibid*, párrafos 7.243-251.

²⁵ *Ibid*, párrafo 1.12.

²⁶ *Ibid*, párrafo 7.236.

No obstante, en todos los casos el GE examinó las traducciones de ambas partes y, cuando procedía, también se remitió a las versiones de China.²⁷

III. Aspectos Substantivos

1. Los servicios en cuestión

El GE comenzó su análisis sobre el fondo del asunto examinando los servicios en cuestión, esto es, los servicios de pago electrónico para las transacciones efectuadas con tarjetas de pago (SPE).²⁸ El GE observó que no se presentaron discrepancias fundamentales entre las partes respecto de las características esenciales de las transacciones con tarjetas de pago²⁹, las entidades que intervienen en las transacciones con tarjetas de pago³⁰ y las descripciones que ofrecen las partes de los servicios en cuestión.³¹ Tomando en cuenta la descripción ofrecida por los Estados Unidos, y no impugnada por China, el GE señaló que los proveedores de servicios de pago electrónico (SPE) ofrecen, directa o indirectamente, un sistema compuesto de cinco elementos, a saber: a) las redes, las normas y procedimientos y la infraestructura de procesamiento que facilitan, administran y hacen posible la corriente de informaciones y pagos de las transacciones, y que dan al sistema integridad y estabilidad y reducen los riesgos financieros; b) la tramitación y coordinación

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Informe del Grupo Especial, China - Determinadas medidas que afectan a los servicios de pago electrónico, WT/DS413/R, 16 de julio de 2012, párrafo 7.28.

²⁹ Las “tarjetas de pago” comprenden, según lo indicó el GE, las tarjetas bancarias, las tarjetas de crédito, de cargo, de débito y de cheques, las tarjetas para cajeros automáticos, las tarjetas prepagadas y otras tarjetas, productos para el pago o la transferencia monetaria o dispositivos de acceso similares, así como el número de cuenta único asociado a esas tarjetas, productos o dispositivos de acceso (*Ibid.*, párrafo 7.12).

³⁰ Las entidades que intervienen en las transacciones con tarjetas de pago incluyen: a) emisores: las entidades, normalmente bancos, que ponen las tarjetas de pago a disposición de sus titulares y establecen las condiciones de su uso, incluidos los límites de crédito, las comisiones, los tipos de interés y los plazos de pago. El emisor autoriza las transacciones en los terminales de puntos de venta, percibe los pagos de los titulares de las tarjetas y transfiere los fondos a través del sistema de pago interbancario pertinente para liquidar las obligaciones de pago que hayan contraído los titulares de las tarjetas; b) adquirentes: las entidades, normalmente bancos, que convencen a los comerciantes de que acepten las tarjetas de pago de una determinada empresa, esto es, “adquieren” transacciones para una determinada empresa de tarjetas de pago. El adquirente mantiene las cuentas de los comerciantes, recibe sus transacciones bancarias, se asegura que los pagos sean debidamente acreditados y proporciona una conexión con las redes de pago pertinentes. El adquirente también debe observar las normas establecidas por la empresa de tarjetas de pago que rigen el procesamiento de las transacciones en la red de tarjetas de pago para las que se han adquirido las transacciones; y c) empresas de tarjetas de pago: las entidades propietarias de la marca de las tarjetas de pago que proporcionan a sus clientes (principalmente emisores y adquirentes) la infraestructura y redes de procesamiento necesarias para la ejecución de los pagos mediante las tarjetas de pago. Normalmente transfieren datos sobre autorización y compensación y facilitan la transferencia de fondos entre emisores y adquirentes. Las empresas de tarjetas de pago ofrecen también a los emisores y adquirentes ciertas garantías, como por ejemplo una indemnización por las pérdidas que los emisores o adquirentes puedan sufrir en caso de que otro emisor o adquirente no haga frente a sus obligaciones diarias en materia de pago. Las empresas de tarjetas de pago establecen reglas y normas para sus plataformas de productos y redes de pago, incluidas las condiciones que han de cumplirse para participar en la red, las características y funcionalidad de las plataformas de productos, los criterios de aceptación por los comerciantes y los procedimientos de solución y arbitraje de diferencias (*Ibid.*, párrafos 7.14-7.17).

³¹ *Ibid.*, párrafo 7.11.

de la aprobación o el rechazo de las transacciones, permitiendo en general la aprobación que se finalice una venta o que se desembolse o cambie dinero en efectivo; c) el suministro de información sobre las transacciones entre las entidades participantes; d) el cálculo, la determinación y la información respecto de la posición financiera neta de las instituciones correspondientes para todas las transacciones autorizadas; y e) la facilitación, gestión y/u otras formas de participación en las transferencias de pagos netos debidos entre las instituciones participantes.³² En términos utilizados por los Estados Unidos, los proveedores de SPE, mediante redes, normas y procedimientos e infraestructura de procesamiento, reciben, comprueban y transmiten la información que las partes necesitan para realizar las transacciones, y gestionan, facilitan y permiten la transmisión de fondos entre las entidades participantes.³³ El GE también observó que las partes están de acuerdo en que los servicios en cuestión no incluyen los servicios suministrados por las instituciones emisoras y adquirentes.³⁴ Sin embargo, el GE destacó se suscitaron algunas discrepancias particulares entre las partes con respecto al alcance de los servicios en cuestión.

La primera discrepancia se relaciona con los modelos comerciales utilizados en las transacciones efectuadas con tarjetas de pago. China sostuvo que la descripción de los servicios en cuestión propuesta por los Estados Unidos está basada en un “modelo “cuatripartito”³⁵ ya que se refiere a un “sistema” que consiste en autorizar, compensar y liquidar las transacciones con tarjetas de pago entre las “instituciones participantes”³⁶, mientras que en un “modelo tripartito”³⁷ no es necesario autorizar, compensar y liquidar las transacciones con tarjetas de pago entre diferentes instituciones financieras, porque el emisor y el adquirente son la misma entidad y, al no haber transacciones interbancarias, no es necesario que el operador del sistema tripartito de tarjetas de pago obtenga servicios de red de un operador de red.³⁸

El GE rechazó la interpretación propuesta por China sosteniendo que los proveedores de SPE que operan el marco de modelos tripartitos o cuatripartitos suministran en esencia los mismos servicios.³⁹ En este sentido, el GE destacó que a pesar de que en el modelo tripartito los proveedores de SPE no suministran servicios a “instituciones participantes” sino a los particulares (titulares de tarjetas y comerciantes), los proveedores de SPE que operan en dicho modelo proporcionan básicamente todos los elementos del “sistema”

³² *Ibid*, párrafo 7.25.

³³ *Ibid*, párrafo 7.26.

³⁴ *Ibid*, párrafo 7.33

³⁵ En el “modelo cuatripartito” la emisión de las tarjetas de pago, la adquisición de las transacciones y el procesamiento efectivo de éstas corresponde a diferentes entidades. Las empresas de tarjetas de pago gestionan las redes que conectan a los emisores y adquirentes y se encargan de procesar las transacciones efectuadas con tarjetas de pago, los emisores emiten las tarjetas y conceden crédito a los titulares de las mismas, mientras que los adquirentes son quienes adquieren las transacciones e interactúan con los comerciantes. En este modelo, las empresas de tarjetas de pago no interactúan directamente con el titular de la tarjeta ni con el comerciante (*Ibid*, párrafo 7.18).

³⁶ *Ibid*, párrafo 7.38.

³⁷ En el “modelo tripartito” no hay transacciones interbancarias. La propia empresa de tarjetas de pago actúa como emisor de las tarjetas de pago, adquirente de comerciantes y red y procesador de las tarjetas de pago (*Ibid*, párrafos 7.19 y 7.24).

³⁸ *Ibid*.

³⁹ *Ibid*, párrafo 7.42.

descrito por los Estados Unidos y no impugnado por China.⁴⁰ El GE también sostuvo que el hecho de que una transacción con tarjeta de pago sea procesada por un proveedor que es también el emisor y el adquirente (lo que significa que no hay ninguna transacción interbancaria) no modifica el hecho de que ese proveedor suministra los servicios en cuestión.⁴¹ Finalmente, el GE destacó que es prácticamente imposible distinguir los SPE proporcionados en el marco del modelo tripartito de aquellos proporcionados en relación con las transacciones “on-us”, esto es, las transacciones efectuadas en el marco de modelos cuatripartitos en que un mismo banco es a la vez el emisor para el titular de la tarjeta y el adquirente para el comerciante y que, según admite China, están comprendidas en el alcance de los servicios en cuestión.⁴²

La segunda discrepancia se refiere a la cuestión de si los servicios considerados incluyen los servicios suministrados por los “terceros procesadores”⁴³. China sostuvo que los “terceros procesadores” suministran a las instituciones emisoras y adquirentes servicios de tecnología subcontratados que no están referidos en la solicitud de los Estados Unidos de establecimiento de un grupo especial, y que esos procesadores no suministran un “sistema”, como se indica en dicha solicitud.⁴⁴ El GE rechazó la interpretación propuesta por China señalando, por una parte, que el alcance de los servicios suministrados por los terceros procesadores es muy amplio y, por otra parte, que la definición de los servicios en cuestión comprende aspectos del servicio suministrado por los terceros procesadores.⁴⁵ En esa línea, el GE sostuvo que debido a su participación sustancial en el proceso y teniendo en cuenta la coincidencia entre los servicios suministrados por terceros procesadores, por una parte, y los suministrados por proveedores de servicios de pago electrónico, por otra, los terceros procesadores son parte del circuito de los servicios de pago.⁴⁶

Finalmente, la tercera discrepancia se refiere a la cuestión de si los servicios considerados son servicios integrados. Mientras los Estados Unidos sostuvieron que los SPE para las transacciones con tarjetas de pago constituyen un único servicio integral, que es suministrado y consumido como tal, China adujo que dichos servicios no tienen el carácter de servicio único e integrado.⁴⁷ En apoyo a su interpretación, China ofreció ejemplos en los que los diferentes “elementos” o “componentes” de los “servicios de pago electrónico” son suministrados como servicios diferentes por proveedores diferentes.⁴⁸ El GE rechazó la interpretación propuesta por China observando que, si bien los SPE están constituidos por diferentes servicios que pueden ser identificados a nivel individual, todos los elementos del sistema, conjuntamente, son necesarios para que se materialicen las transacciones de pago. El GE agregó que ninguno de los elementos del “sistema” por sí

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 7.43.

⁴² *Ibid.*, párrafo 7.44.

⁴³ Los “terceros procesadores” son entidades que pueden ser subcontratadas por los emisores y adquirentes para suministrar servicios relacionados con pagos en nombre de éstos, estableciendo una conexión con la empresa (o red) de tarjetas de pago e interactuando con ella (*Ibid.*, párrafo 7.16)

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 7.47.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 7.51.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 7.52.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 7.55.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 7.60.

solo, sería suficiente para procesar una transacción con tarjeta de pago⁴⁹, recalcando además que el hecho de que dos entidades distintas puedan suministrar diferentes elementos de los SPE no es incompatible con el hecho de que cada uno de los elementos esté integrado y sea necesario para facilitar las transacciones con tarjeta de pago.⁵⁰

2. *Compromisos específicos de China*

Una vez dilucidadas las discrepancias entre las partes respecto del alcance de los servicios en cuestión, el GE pasó a considerar si dichos servicios quedaban comprendidos dentro de alguno de los sectores respecto de los cuales China había asumido compromisos específicos. Los Estados Unidos alegaron que los SPE para transacciones efectuadas con tarjetas de crédito estaban comprendidos en el subsector d) “[t]odos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios (incluyendo los pagos por importaciones y exportaciones)”, del sector 7.B “Servicios bancarios y otros servicios financieros”, respecto del cual China asumió compromisos de acceso a los mercados y trato nacional.⁵¹ China, por su parte, adujo que los servicios en cuestión estaban comprendidos en el párrafo 5 a), subsector xiv), del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS que abarca “[s]ervicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables”, subsector respecto del cual no habían asumido compromisos específicos de tipo alguno.⁵² China agregó que, los “servicios de pago” a que se hace referencia en el subsector d) de su lista comprenden la emisión y aceptación por bancos y otros tipos de instituciones financieras de instrumentos de pago distintos del dinero efectivo, precisando que los servicios de emisión y adquisición no formaban parte de la presente diferencia.⁵³ Para dilucidar la cuestión, el GE procedió a interpretar la Lista de China y otras disposiciones pertinentes del Acuerdo de conformidad con el sentido corriente que ha de otorgarse a los términos de la Lista, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin del AGCS y del Acuerdo sobre la OMC.⁵⁴

A. *Sentido corriente*

El GE constató que el sentido corriente de los términos “pago”, “dinero” y “transferencia” utilizados para describir el subsector d), cuando se utilizan juntos, “se refieren a la transmisión de un medio generalmente aceptable de intercambio entre una persona y otra o entre un lugar y otro” y que “el dinero transmitido puede corresponder a bienes y servicios recibidos o al pago de una deuda”.⁵⁵ El GE constató además la diferencia entre el acto de pagar por bienes o servicios y el suministro de un “servicio de pago” o un “servicio de transferencia monetaria”, precisando que éstos últimos son suministrados por

⁴⁹ *Ibid*, párrafos 7.58-7.59.

⁵⁰ *Ibid*, párrafo 7.62.

⁵¹ *Ibid*, párrafo 7.63.

⁵² *Ibid*, párrafo 7.64.

⁵³ *Ibid*.

⁵⁴ *Ibid*, párrafo 7.68.

⁵⁵ *Ibid*, párrafo 7.85.

personas distintas del pagador o el receptor, siendo necesarios para “gestionar”, “facilitar” o “permitir” el acto de pagar cuando se utilizan instrumentos de pago distintos al dinero en efectivo.⁵⁶ Por último, el GE constató que la utilización del término “Todos” que figura antes de “los servicios de pago y transferencia monetaria” denota la intención de abarcar la totalidad de la gama de los servicios de pago y transferencia monetaria.⁵⁷

Cabe destacar las apreciaciones del GE sobre la pertinencia de recurrir a las fuentes del sector tales como folletos, informes anuales o sitios web de empresas proveedoras. En este sentido, el GE reconoció que dichas fuentes pueden ser "sesgadas e interesadas", pero estableció claramente que ello no es una razón suficiente para desestimarlas de plano como posibles pruebas pertinentes del sentido corriente de un término concreto en una rama de producción determinada.⁵⁸ Habiendo aceptado considerar las fuentes del sector, el GE constató, no obstante, que en este caso en concreto, “arrojaban poca luz” sobre el alcance del subsector d).⁵⁹

B. Contexto

Siguiendo con el análisis del alcance de los compromisos específicos, el GE se dispuso a considerar los elementos contextuales de la frase “[t]odos los servicios de pago y transferencia monetaria...”. En consonancia con el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena y los informes del Órgano de Apelación en los casos *Estados Unidos-Juegos de Azar* y *China-Publicaciones*, el GE examinó, como parte del contexto, a los siguientes elementos: i) el resto del subsector d); ii) los epígrafes que figuran en el sector en cuestión; iii) los compromisos de acceso a los mercados y trato nacional y los compromisos adicionales contraídos en el marco del sector de que se trata; iv) el Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS; v) la estructura del AGCS y vi) las Listas de otros Miembros de la OMC.⁶⁰

a. el resto del subsector d)

Al examinar el resto del subsector d), el GE constató, en primer lugar, que la frase "con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios" enumera una lista ilustrativa de instrumentos de pago y transferencia monetaria que

⁵⁶ *Ibid*, párrafos 7.95-7.97.

⁵⁷ *Ibid*, párrafo 7.100.

⁵⁸ Los términos del GE en este sentido son contundentes: “En efecto, no vemos por qué un grupo especial, al buscar el sentido corriente de cualquier término, debería limitarse siempre a los diccionarios normales. La tarea inicial de un grupo especial al interpretar disposiciones de tratados consiste en determinar el sentido corriente de las palabras utilizadas. Si se demuestra que las fuentes del sector pueden ayudar en esa tarea en una diferencia concreta, no vemos motivos para que un grupo especial no se remita a ellas. Sin embargo, como sucede cuando se tienen en cuenta las definiciones de diccionarios, los grupos especiales deben ser conscientes de las limitaciones, como intereses particulares, que las fuentes del sector pueden presentar, y deben actuar en consecuencia cuando llevan a cabo su labor de interpretación.” (*Ibid*, párrafo 7.89).

⁵⁹ *Ibid*, párrafo 7.91.

⁶⁰ *Ibid*, párrafos 7.102-104.

permiten al titular hacer pagos en efectivo y transferir dinero de una persona a otra o de un lugar a otro y que para funcionar efectivamente, requieren de los “servicios de pago y transferencia monetaria”.⁶¹ Según el GE, dicha lista confirma que la expresión “[t]odos los servicios de pago y transferencia monetaria” se refiere a servicios que son fundamentales para procesar y completar las transacciones en que se utilizan instrumentos de pago como las tarjetas de pago.⁶²

China argumentó que el texto entre paréntesis “(incluyendo los pagos por importaciones y exportaciones)”, se refiere a los servicios que prestan los bancos como intermediarios de pagos en transacciones de importación y exportación a través de las cartas de crédito, esto es, servicios de pago en los que intervienen exclusivamente los bancos y donde no hay un tercero que provea servicios de compensación.⁶³ El GE rechazó tal argumento, sosteniendo que la expresión entre paréntesis confirma que el subsector d) incluye el pago y, por inferencia, la compensación, cuando se utilizan giros bancarios como instrumentos de pago en transacciones entre importadores y exportadores⁶⁴, agregando además que dicho texto “también nos sugiere que el pago y la compensación respecto de transacciones en que se utilizan otros instrumentos de pago enumerados en el subsector d) podrían igualmente ser clasificados en este subsector”.⁶⁵

b. el subepígrafe "Servicios bancarios enumerados a continuación"

China se refirió a la columna sectorial de su Lista, destacando que el subsector d) es uno de los seis subsectores enumerados bajo el subepígrafe “Servicios bancarios enumerados a continuación”.⁶⁶ Según China, el sentido corriente de “servicios bancarios” es el de servicios proporcionados por bancos, empresas financieras u otros tipos de “instituciones financieras” entendidas en un sentido restrictivo.⁶⁷ China agregó además que sus compromisos de acceso a los mercados y trato nacional con respecto al modo 3 confirman que los servicios comprendidos por los subsectores a) a f) se refieren a los servicios prestados por bancos y otras instituciones financieras, excluyendo servicios suministrados a los bancos por proveedores no bancarios.⁶⁸ En definitiva, según China, interpretados en ese contexto, los “servicios de pago” al que se hace referencia en el subsector d) comprenden exclusivamente la emisión y aceptación por bancos e “instituciones financieras” de instrumentos de pago distintos del dinero efectivo.⁶⁹

⁶¹ *Ibid.*, párrafos 7.105-111.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, párrafo 7.112.

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 7.119.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 7.119.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 7.121.

⁶⁷ *Ibid.* Cabe notar que el concepto restrictivo de la expresión “instituciones financieras” aparece desarrollado más adelante, en los párrafos 7.549 – 7.558, oportunidad en la que China desarrolla una interpretación de sus compromisos de acceso a los mercados en el modo 3 correspondiente al subsector d).

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 7.121.

⁶⁹ *Ibid.*

El GE rechazó de plano el criterio promovido por China según el cual las características del proveedor serían relevantes para determinar el alcance de un sector, sosteniendo que, de ser así, la clasificación del servicio debería cambiar por el simple hecho de que los proveedores de ese servicio modifiquen la composición de su capital o su forma jurídica.⁷⁰ En cuanto al subepígrafe "Servicios bancarios enumerados a continuación", el GE destacó que el sentido corriente del término "bancario" no indica que los "bancos" sean necesariamente los proveedores exclusivos de servicios "bancarios"⁷¹, observando que todos los servicios enumerados en los subsectores a) a f) también pueden ser suministrados por proveedores de servicios financieros no bancarios.⁷² El GE señaló además que los compromisos que figuran en la columna de acceso a los mercados hacen referencia a las "empresas financieras" que son entidades no bancarias.⁷³ Finalmente, el GE indicó que el subepígrafe "Servicios bancarios enumerados a continuación" podría cumplir una función práctica, consistente en distinguir los compromisos de China que se aplican de la misma forma a los subsectores a) a f) de los compromisos de este país que se aplican únicamente a determinadas categorías de servicios (financiación de vehículos automóviles por instituciones financieras no bancarias) o a otros servicios enumerados más adelante en la Lista de China.⁷⁴ En resumen, el GE concluyó que la ubicación del subsector d) bajo el subepígrafe "Servicios bancarios enumerados a continuación" no contradice su interpretación de que el subsector d) comprende servicios que son fundamentales para procesar y completar transacciones en que se utilizan tarjetas de pago.⁷⁵

c. el subsector xiv) del Anexo sobre servicios financieros del AGCS

Como ya se adelantó, China sostuvo la tesis de que los servicios objeto de la presente diferencia estaban comprendidos en el subsector xiv), del Anexo sobre Servicios Financieros del AGCS que abarca "[s]ervicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables", subsector respecto del cual no habían asumido compromisos específicos de tipo alguno.⁷⁶ En este sentido, China sostuvo que los instrumentos de pago minoristas a los que se refiere el subsector d) son una especie de "activos financieros" en el sentido corriente de esa expresión al igual que los valores, productos derivados y otros instrumentos negociables a los que se refiere el subsector xiv) porque permiten exigir un pago⁷⁷, agregando que sería arbitrario e ilógico concluir que los servicios de compensación y pago para instrumentos de pago minoristas no negociables como las tarjetas de crédito están incluidos en el inciso xiv) del Anexo, mientras que los servicios de compensación y pago para instrumentos de pago minoristas negociables como los cheques de viajero están incluidos en el subsector d) de su Lista de compromisos.⁷⁸

⁷⁰ *Ibid*, párrafo 7.130.

⁷¹ *Ibid*, párrafo 7.125.

⁷² *Ibid*, párrafo 7.126.

⁷³ *Ibid*, párrafo 7.127.

⁷⁴ *Ibid*.

⁷⁵ *Ibid*, párrafo 7.134.

⁷⁶ *Ibid*, párrafo 7.141.

⁷⁷ *Ibid*, párrafo 7.149.

⁷⁸ *Ibid*, párrafo 7.158.

El GE observó que los partes coincidían en que las transacciones efectuadas con tarjetas de pago debían compensarse y pagarse, aunque discrepaban sobre dónde se debía clasificar la compensación y el pago respecto de dichas transacciones.⁷⁹ Para dirimir la cuestión, el GE recurrió, en primer lugar, al significado corriente de los términos “compensación” y “pago” constatando que se refieren a actividades que son pertinentes tanto respecto de los instrumentos de pago minoristas como de los valores, mientras que el significado corriente de la expresión “activos financieros” abarca prácticamente todos los instrumentos financieros.⁸⁰ Sin embargo, al examinar el sentido corriente de las expresiones “valores” y “productos derivados”, el GE constató que este tipo de instrumentos financieros poseen ciertas características particulares, no compartidas por los instrumentos de pago minoristas, a saber: son un medio de inversión, certifican derechos de propiedad y generan rendimientos financieros.⁸¹ En segundo lugar, el GE constató la existencia de diferencias importantes entre la compensación y pago de instrumentos de pago minoristas, por un lado, y de los valores y productos derivados por el otro, a saber: i) los instrumentos financieros en juego y el valor de las transacciones habituales; ii) los agentes del mercado que intervienen en la transacción y el procesamiento conexo; iii) la infraestructura que se necesita para que esos procesos se desarrollen con seguridad y eficiencia, y iv) los controles reglamentarios y el riesgo sistémico para el sistema financiero.⁸²

China sostuvo que dichas diferencias no eran pertinentes para la interpretación de las palabras "activos financieros" y no cambiaban el sentido corriente de "instrumentos negociables".⁸³ Sin embargo, el GE rechazó dicho argumento, haciendo hincapié en la necesidad de tener presente la realidad del mercado y la realidad reglamentaria al momento de determinar la clasificación de los servicios.⁸⁴ En definitiva, el GE concluyó que los instrumentos de pago minoristas enumerados en el subsector d) de la Lista de China no son "activos financieros" en el sentido que tiene el término en el subsector xiv) del Anexo y, por lo tanto, las transacciones basadas en los instrumentos de pago enumerados en el subsector d), incluidas las tarjetas de pago, no se compensan y pagan en el sentido del subsector xiv).⁸⁵

d. la estructura del AGCS

China sostuvo que el subsector d) comprende los servicios de emisión y aceptación de tarjetas suministrados *por* los bancos, mientras que los SPE para transacciones efectuadas con tarjetas de pago, son servicios suministrados *a* los bancos, esto es, “insumos” distintos

⁷⁹ *Ibid*, 7.144.

⁸⁰ *Ibid*, 7.146.

⁸¹ *Ibid*, párrafo 7.153.

⁸² *Ibid*, párrafo 7.161.

⁸³ *Ibid*, párrafo 7.162.

⁸⁴ Al respecto, el GE expresó: “A nuestro juicio, la clasificación de los servicios no es un ejercicio abstracto; deben tenerse debidamente en consideración la realidad del mercado y la realidad reglamentaria. Un enfoque respecto de la clasificación que refleje esas realidades y esté en consonancia con ellas contribuye a la claridad y, por lo tanto, a la seguridad y previsibilidad de los compromisos específicos contraídos en el marco del AGCS”. (*Ibid*, párrafo 7.162).

⁸⁵ *Ibid*, párrafo 7.163.

e identificables por separado de los servicios de emisión y aceptación de tarjetas de pago.⁸⁶ Según China, los servicios que “gestionan” o “facilitan” el suministro de un servicio, o que guardan relación con el “procesamiento” de una transacción de otro servicio, no son necesariamente clasificables como ese otro servicio, sino que deben clasificarse por separado, en la medida en que sean servicios distintos e identificables por separado.⁸⁷ China fundamentó su posición basándose en el principio de exclusión mutua según el cual, las listas de compromisos específicos se basan en una taxonomía de servicios distintos y mutuamente excluyentes.⁸⁸ Según China, “el sistema de clasificación de los servicios se vendría abajo si fuese posible que los servicios distintos e identificables por separado se pudieran clasificar en otro sector o subsector, simplemente porque “gestionan” o “facilitan” el suministro de otro servicio”.⁸⁹ China recordó además el reconocimiento expreso de los Miembros de la OMC, plasmado en las Directrices para la consignación en listas de 2001, de que los servicios que constituyen “insumos” deben clasificarse y evaluarse como servicios distintos.⁹⁰

El GE analizó la posibilidad de clasificar un servicio integrado, compuesto de una combinación de servicios diferentes en un único subsector a la luz de la estructura del AGCS. En primer lugar, el GE recordó que la definición de “sector” incluida en el AGCS⁹¹ y la interpretación de ésta realizada por el GE en el asunto *China-Publicaciones y productos audiovisuales*⁹² confirman que un “sector” puede incluir “cualquier actividad de servicios que esté comprendida en el ámbito de la definición del sector”, independientemente del hecho de que estas actividades se enumeren expresamente en la definición de ese sector o subsector.⁹³ Aplicando tal definición al caso en cuestión, el GE sostuvo que a pesar de no estar expresamente enumerados en el subsector d), los SPE están necesariamente incluidos en el ámbito de la definición de ese subsector ya que cuando las transacciones se efectúan con tarjetas de pago, los servicios de pago y transferencia monetaria no podrían suministrarse sin los SPE.⁹⁴

En segundo lugar, el GE rechazó el argumento de China basado en el ejemplo Francés⁹⁵, según el cual el simple hecho de que proveedores distintos suministren un determinado componente de un servicio sería un fundamento suficiente para clasificar cada uno o algunos de estos servicios en subsectores diferentes⁹⁶. A juicio del GE, lo que es pertinente respecto de un servicio integrado no es el hecho de que sea suministrado por un solo proveedor o por varios proveedores, sino más bien el hecho de que los servicios

⁸⁶ *Ibid*, párrafo 7.172.

⁸⁷ *Ibid*, párrafo 7.172.

⁸⁸ *Ibid*, párrafo 7.172.

⁸⁹ *Ibid*, párrafo 7.172.

⁹⁰ *Ibid*, párrafo 7.172.

⁹¹ El apartado e) del artículo XXVIII del AGCS dispone que: “sector” de un servicio significa: “i) con referencia a un compromiso específico, uno o varios subsectores de ese servicio, o la totalidad de ellos, según se especifique en la Lista de un Miembro”.

⁹² Informe del GE *China-Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.1014.

⁹³ *Ibid*, párrafo 7.179.

⁹⁴ *Ibid*, párrafo 7.180.

⁹⁵ En el caso de Francia, una entidad suministra el servicio de trámite de autorización, mientras que otra entidad diferente suministra el servicio de compensación y el pago (*Ibid*, párrafo 7.183).

⁹⁶ *Ibid*, párrafo 7.184.

componentes, al combinarse, tengan como resultado un servicio nuevo y distinto, el servicio integrado.⁹⁷ Finalmente, el GE observó la falta de pruebas que respaldasen la afirmación de China de que los SPE son servicios que constituyen “insumos” de los servicios de emisión y aceptación de tarjetas.⁹⁸ En definitiva, la interpretación del GE, fundada en la estructura general del AGCS, concluyó que es correcto clasificar los SPE para transacciones efectuadas con tarjetas de pago dentro del subsector d) de la Lista de compromisos.

e. las listas de otros Miembros de la OMC

China sostuvo que de las listas de otros Miembros de la OMC se desprende que éstos consideraron que los servicios comprendidos en el subsector d) se limitan a servicios suministrados exclusivamente por bancos y otros tipos de instituciones financieras.⁹⁹ El GE consideró pertinente examinar las listas de otros Miembros de la OMC como parte del contexto de la frase “todos los servicios de pago y transferencia monetaria” ya que en virtud del párrafo 3 del artículo XX forman ‘parte integrante’ del AGCS.¹⁰⁰ Sin embargo, el GE recordó que el Órgano de Apelación en el asunto *China-Publicaciones y productos audiovisuales* advertía sobre la necesidad de moderar la utilización de las Listas de otros Miembros como contexto en atención a que “cada lista tiene su propia lógica intrínseca”¹⁰¹. Consciente de tal limitación, el GE evaluó las Listas de otros Miembros citadas por China y, si bien advirtió que las mismas utilizaban expresiones tales como “bancos”, “instituciones financieras” e instituciones de crédito”, concluyó que no era posible inferir de las mismas que los servicios comprendidos en el subsector d) se limitan a servicios suministrados exclusivamente por bancos y otros tipos de instituciones financieras.¹⁰²

C. Objeto y fin

China sostuvo que la interpretación que hacen los Estados Unidos de la Lista de China o de los incisos del Anexo sobre Servicios Financieros es “arbitraria, ilógica y completamente imprevisible” y tiene como resultado impedir la consignación e interpretación de compromisos específicos con algún grado de seguridad y previsibilidad, lo cual es manifiestamente contrario al objeto y fin del AGCS.¹⁰³

El GE recordó que uno de los objetivos fundamentales del AGCS consiste en “el establecimiento de un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia y de liberalización progresiva” y citó el asunto *Estados Unidos – Juegos de Azar*¹⁰⁴ donde el

⁹⁷ *Ibid*, párrafo 7.184.

⁹⁸ *Ibid*, párrafo 7.187.

⁹⁹ *Ibid*, párrafo 7.189.

¹⁰⁰ *Ibid*, párrafo 7.191.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 383, citado por el GE, *Ibid*, párrafo 7.191.

¹⁰² *Ibid*, párrafo 7.192.

¹⁰³ *Ibid*, párrafo 7.194.

¹⁰⁴ Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, párrafo 188.

Órgano de Apelación constató que el fin de transparencia respaldaba la necesidad de consignar compromisos en el marco del AGCS con precisión y claridad, destacando la importancia de que las listas sean de fácil comprensión para todos los demás Miembros de la OMC, así como para los proveedores y consumidores de los servicios.¹⁰⁵ Con base en dichas consideraciones, el GE sostuvo que su interpretación de que el subsector d) de la Lista de China comprende los SPE es coherente con el objetivo de transparencia porque “clasifica en un único subsector servicios que, al combinarse, tienen como resultado un servicio nuevo y distinto, el servicio integrado” que se suministra y consume como tal. El GE agregó además, que “al conciliar la clasificación de los SPE con la realidad comercial de esos servicios”, su interpretación “refuerza la previsibilidad, seguridad y claridad de los compromisos específicos asumidos en el marco del AGCS”, lo cual es compatible con el objetivo de liberalización progresiva que figura en el Preámbulo del AGCS.¹⁰⁶

En virtud de todo lo expuesto, el GE concluyó que el subsector d) de la Lista de China incluye a los SPE para las transacciones efectuadas con tarjetas de pago. El GE entendió además que no era necesario acudir a medios de interpretación complementarios de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena, en la medida que la interpretación realizada de conformidad con el artículo 31 de dicha Convención no dejaba ambiguo u oscuro el sentido ni conducía a un resultado manifiestamente absurdo.¹⁰⁷

3. Las Medidas Impugnadas

Habiendo concluido que los SPE para transacciones efectuadas con tarjetas de crédito quedaban comprendidos dentro del subsector d), del sector 7.B de la Lista de compromisos específicos de China, el GE pasó a considerar la existencia de una serie de medidas que, según los Estados Unidos, habrían sido impuestas mediante una serie de instrumentos jurídicos chinos y que solas o en combinación, impondrían restricciones en materia de acceso a los mercados y limitaciones del trato nacional a los proveedores de servicios de otros Miembros de la OMC interesados en prestar SPE en China, que serían incompatibles con las obligaciones de ese país en virtud de los artículos XVI y XVII del AGCS.

En primer lugar, el GE consideró una serie de instrumentos jurídicos que según los Estados Unidos impondrían una serie de prescripciones a los bancos emisores, arribando a las siguientes conclusiones: a) los documentos Nos 37, 57 y 129 prescriben que las tarjetas bancarias en RMB y las tarjetas bancarias de doble moneda emitidas por bancos comerciales en China para su utilización, entre otras, en las transacciones nacionales interbancarias o interregionales en RMB deben llevar el logotipo Yin Lian/UnionPay en el anverso, sin embargo, no impiden que se aplique el logotipo de proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC; y b) los documentos Nos 17, 37, 57, 76 y 129 prescriben que los bancos comerciales que emitan tarjetas bancarias para uso en transacciones interbancarias nacionales en RMB en China deben adherirse a la red CUP y las tarjetas bancarias que emitan para ese uso – tanto tarjetas de CUP como otras tarjetas – deben

¹⁰⁵ *Ibid*, párrafo 7.196.

¹⁰⁶ *Ibid*, párrafos 7.196-199.

¹⁰⁷ *Ibid*, párrafos 7.205-207.

satisfacer ciertas especificaciones comerciales y normas técnicas para poder ser procesadas mediante la red de CUP, sin embargo, no impiden la emisión de tarjetas pertinentes que pudieran ser procesadas en más de una red interbancaria en China, siempre que esas tarjetas llevaran también el logotipo Yin Lian/Union Pay.¹⁰⁸

En segundo lugar, el GE consideró los instrumentos jurídicos que supuestamente impondrían una serie de prescripciones relativas a los equipos terminales (cajeros automáticos, dispositivos de procesamiento de tarjetas para comerciantes y terminales de puntos de venta) y concluyó que los documentos Nos 37 y 153 prescriben que los equipos terminales que son parte de la red interbancaria nacional de procesamiento de tarjetas bancarias en China deben poder aceptar todas las tarjetas bancarias que lleven el logotipo Yin Lian/Union Pay, aunque no impiden que los equipos terminales acepten al mismo tiempo tarjetas bancarias que pudieran ser procesadas en China en una red distinta de la de CUP.¹⁰⁹

En tercer lugar, el GE consideró los instrumentos jurídicos que supuestamente impondrían una serie de prescripciones a los bancos adquirentes y arribó a las siguientes conclusiones: a) el documento No 153 exige que todos los bancos adquirentes en China exhiban el logotipo Yin Lian/UnionPay, y b) los documentos Nos 37, 76 y 153 prescriben que los adquirentes deben adherirse a la red de CUP, cumplir con las normas comerciales y especificaciones técnicas uniformes de interoperabilidad interbancaria, y asegurarse que los equipos terminales operados o proporcionados por los adquirentes puedan aceptar tarjetas bancarias que lleven el logotipo Yin Lian/UnionPay.¹¹⁰ Sin embargo, el GE señaló que no existían fundamentos para concluir que dichas prescripciones impiden a los adquirentes exhibir el logotipo de otros proveedores de SPE o aceptar tarjetas bancarias que pudieran ser procesadas mediante una red interbancaria presente en China distinta de la CUP.¹¹¹

En cuarto lugar, el GE consideró los instrumentos jurídicos que supuestamente impondrían una serie de prescripciones relativas a las transacciones electrónicas basadas en tarjetas en China, Hong Kong y Macao y concluyó que los documentos Nos 8, 16 y 254 exigen que CUP y ningún otro proveedor de SPE gestione la compensación de determinadas transacciones con tarjetas bancarias en RMB en que intervenga una tarjeta bancaria en RMB emitida en China y utilizada en Hong Kong o Macao, o una tarjeta bancaria emitida en Hong Kong o Macao que se utilice en China en una transacción en RMB.¹¹²

En quinto lugar, el GE consideró una serie de instrumentos jurídicos que según los Estados Unidos a) requerirían el uso de CUP y/o establecerían a CUP como único proveedor de SPE para todas las transacciones nacionales denominadas y pagadas en RMB, y b) prohibirían el uso de tarjetas que no fuesen de CUP para transacciones interregionales

¹⁰⁸ *Ibid*, párrafos 7.293-7.299.

¹⁰⁹ *Ibid*, párrafos 7.331-7.334.

¹¹⁰ *Ibid*, párrafos 7.354-7.360.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibid*, párrafo 7.383.

o interbancarias. Antes de entrar a considerar el fondo del asunto, el GE observó que ambas alegaciones se referían fundamentalmente a la misma preocupación, a saber, la cuestión de si las medidas en litigio exigían el procesamiento de todas las transacciones nacionales con tarjetas de pago interbancarias en RMB por la red de CUP y no por la red de cualquier otro proveedor de SPE, incluidos los extranjeros.¹¹³ Debido a la naturaleza similar de ambas alegaciones y dado que estaban fundamentadas en los mismos instrumentos jurídicos, el GE decidió analizar los instrumentos identificados en relación con las prohibiciones interregionales/interbancarias en el contexto del análisis de la supuesta prescripción de único proveedor.¹¹⁴

El GE consideró cada uno de los instrumentos jurídicos invocados por los Estados Unidos en forma individual y concluyó que ninguno de ellos impone o establece a CUP como proveedor exclusivo de SPE para todas las transacciones con tarjetas bancarias en RMB cuando una tarjeta bancaria se emite y utiliza en China o prohíbe por otro medio el uso de proveedores de SPE que no sean CUP.¹¹⁵ En este sentido, el GE señaló que dichos instrumentos no impiden la emisión o aceptación de tarjetas bancarias capaces de ser utilizadas en cualquier red interbancaria distinta de CUP, ni impiden el uso o la aceptación en los terminales de tarjetas bancarias que lleven el logotipo de otros proveedores de SPE, siempre que esas tarjetas también lleven el logotipo Yin Lian/Union Pay y sean interoperables en la red de CUP.¹¹⁶

A solicitud de los Estados Unidos, el GE también evaluó las medidas en litigio en forma colectiva. Según los Estados Unidos, los instrumentos jurídicos en litigio, operaban conjuntamente en varios aspectos para establecer y mantener a CUP como proveedor único o exclusivo de SPE.¹¹⁷ En particular, los Estados Unidos alegaron que varios de los instrumentos jurídicos en litigio operaban conjuntamente para restringir explícita o implícitamente la entrada en el mercado chino de proveedores de SPE para transacciones con tarjetas bancarias en RMP que no fueran CUP.¹¹⁸ El GE consideró sin embargo que los Estados Unidos no lograron demostrar que el efecto jurídico neto o combinado de esos instrumentos tuviera como resultado restringir la entrada en el mercado chino de la forma alegada.¹¹⁹

Los Estados Unidos también alegaron que determinados instrumentos jurídicos operando conjuntamente imponían obstáculos técnicos a la entrada de proveedores extranjeros de SPE para operar en el mercado chino, con lo que se "afianzaba" efectivamente a CUP como único proveedor.¹²⁰ Sin embargo, el GE descartó que los instrumentos en litigio impusieran obstáculos técnicos que impidiesen a los proveedores de SPE distintos a CUP entrar y operar en el mercado de transacciones con tarjetas bancarias

¹¹³ *Ibid*, párrafo 7.234.

¹¹⁴ *Ibid*, párrafo 7.234.

¹¹⁵ *Ibid*, párrafos 7.476-481.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibid*, párrafo 7.487.

¹¹⁸ *Ibid*, párrafo 7.492.

¹¹⁹ *Ibid*, párrafos 7.493-497.

¹²⁰ *Ibid*, párrafo 7.498.

en RMB en China.¹²¹ En particular, el GE constató que no había nada en las disposiciones identificadas de los instrumentos en litigio que impidiese a los emisores emitir tarjetas que cumplieren las normas de otros proveedores de SPE, siempre que esas tarjetas también fuesen interoperables en la red de CUP.¹²²

Finalmente, los Estados Unidos alegaron que los instrumentos en litigio operaban conjuntamente en el sentido de hacer "económicamente inviable" para cualquier proveedor extranjero de SPE participar en ese mercado, ya que en la medida en que se exigía a los emisores y adquirentes adherirse a la red de CUP y pagar por ese acceso, no tenía "sentido, desde el punto de vista económico", para esas entidades, pagar además por utilizar los servicios de un proveedor extranjero de SPE, con lo que se afianzaba a CUP como único proveedor en el mercado de transacciones con tarjetas bancarias en RMB.¹²³ Sin embargo, el GE señaló que los Estados Unidos no aportaron pruebas, como análisis económicos de la rentabilidad, los márgenes entre precios y costos o la elasticidad de la demanda, incluida la comparación con otros mercados, que le permitiesen evaluar si en efecto los instrumentos en litigio hacían económicamente inviable para otros proveedores de SPE establecerse y operar en China.¹²⁴ En definitiva, en virtud de los motivos expuestos, el GE concluyó que los Estados Unidos no justificaron su alegación de que los instrumentos en litigio, considerados en forma colectiva, requerían el uso de CUP o establecían a CUP como único proveedor de SPE para todas las transacciones nacionales con tarjetas bancarias en RMB.¹²⁵

4. *Compatibilidad de las medidas impugnadas con el artículo XVI del AGCS*

Habiendo concluido que el subsector d) de la lista de China comprende los SPE, y especificado el alcance de las prescripciones dispuestas por las medidas impugnadas, el GE se abocó a examinar, primero, si la parte demandada contrajo compromisos específicos en dicho sector en materia de acceso a los mercados, en los modos 1 y 3 y, segundo, la compatibilidad de las medidas impugnadas con los párrafos 1 y 2a) del artículo XVI del AGCS.

A. *Compromisos en el modo 1*

La lista de compromisos de China incluye anotaciones referidas a varios subsectores del sector 7B – “Servicios bancarios y otros servicios financieros (excluidos los seguros y valores)” sobre el acceso a los mercados en el modo 1 que difieren según el subsector en cuestión. Respecto de los subsectores a) a f), la lista incluye una anotación que contiene la expresión “Sin consolidar”, modificada por la frase “con las siguientes excepciones” que viene seguida de la descripción de dos servicios que, sin mencionarlos específicamente, son una repetición casi literal de los subsectores k) “suministro y transferencia de información financiera” y l) “servicios de asesoramiento e intermediación y otros servicios financieros

¹²¹ *Ibid.*, párrafo 7.499.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*, párrafo 7.500.

¹²⁴ *Ibid.*, párrafos 7.501-506.

¹²⁵ *Ibid.*

auxiliares”. Respecto de los subsectores k) y l), mediante la inscripción en su lista de la expresión “Ninguna”, China asumió un compromiso total en acceso a los mercados para el modo 1.¹²⁶

Los Estados Unidos adujeron que el subsector d) "servicios de pago y transferencia monetaria" incluyen aspectos del "suministro y transferencia de información financiera" y de los "servicios de asesoramiento e intermediación y otros servicios financieros auxiliares", en la medida en que esos aspectos son parte integrante del servicio básico, y que lo correcto sería clasificar esos aspectos dentro de los servicios de "pago y transferencia monetaria", y no en los subsectores k) o l).¹²⁷ El GE rechazó las alegaciones de los Estados Unidos en base a un examen del sentido corriente de los términos y a argumentos contextuales.

En primer lugar, el GE recurrió al sentido corriente de los términos para argumentar que los servicios mencionados por la anotación sobre el acceso a los mercados correspondientes a los subsectores a) a f) son servicios separados y distintos de los subsectores a) a f) enumerados en la columna sectorial. Respecto del primero de los servicios en cuestión (“suministro y transferencia de información financiera y procesamiento de datos financieros y soporte lógico con ellos relacionado, por proveedores de otros servicios financieros”), el GE sostuvo que la expresión “... otros servicios financieros” sugiere que los servicios prestados por los proveedores pertinentes son diferentes de los subsectores a) a f) enumerados en la columna sectorial.¹²⁸ Con respecto al segundo de los servicios en cuestión (“servicios de asesoramiento e intermediación y otros servicios financieros auxiliares...”), el GE observó que el sentido corriente de los términos “... servicios auxiliares...” indica que estos servicios son separados y distintos de los comprendidos en los subsectores a) a f), y no están “incorporados” en ellos.¹²⁹

En segundo lugar, al examinar el contexto, el GE observó que no se puede admitir que los servicios en cuestión sean parte integrante de los servicios correspondientes al subsector d) (“servicios de pago y transferencia monetaria”) y, al mismo tiempo, admitir que los mismos servicios se pueden suministrar en forma independiente tal como lo disponen los subsectores k) y l) ya que, como lo ha señalado el Órgano de Apelación en Estados Unidos – Juegos de Azar, los sectores y subsectores de la Lista de un Miembro tienen que ser mutuamente excluyentes.¹³⁰

Por las razones invocadas, el GE concluyó que los servicios mencionados como excepciones a la expresión “Sin consolidar” son distintos de los servicios enumerados en la columna sectorial en los subsectores a) a f), y entrañan proveedores distintos.¹³¹ Por lo tanto, no pueden constituir, como lo sugieren los Estados Unidos, “elementos” de los

¹²⁶ Informe del Grupo Especial, *China - Determinadas medidas que afecta a los servicios de pago electrónico*, Addendum, WT/DS413/R/Add.1, Anexo G-1

¹²⁷ Informe del Grupo Especial, *China - Determinadas medidas que afecta a los servicios de pago electrónico*, párrafo 7.514.

¹²⁸ *Ibid*, párrafo 7.522.

¹²⁹ *Ibid*, párrafo 7.523.

¹³⁰ *Ibid*, párrafo 7.529.

¹³¹ *Ibid*, párrafo 7.533.

servicios abarcados en el subsector d).¹³² En consecuencia, el GE entendió que China no asumió ningún compromiso en materia de acceso a los mercados en el modo 1 con respecto a los servicios abarcados en el subsector d).¹³³

B. Compromisos en el modo 3

Las partes coincidieron en que China asumió compromisos en materia de acceso a los mercados en el subsector d) y en el modo 3 que se aplican a las instituciones financieras extranjeras, sin embargo discreparon respecto de si los proveedores de SPE son “instituciones financieras extranjeras”.¹³⁴ China sostuvo que la expresión “instituciones financieras extranjeras” tiene un alcance restringido, referido exclusivamente a instituciones que perciben fondos del público (ya sea como depósitos o como inversiones) y que están sujetas a algún tipo de regulación o supervisión.¹³⁵ China sostuvo asimismo que los servicios clasificables en los subsectores a) a f) son servicios bancarios y financieros básicos prestados por instituciones financieras reglamentadas.¹³⁶ Por tales motivos, China sostuvo que la expresión “instituciones financieras extranjeras” consignada en su lista de compromisos no incluye los SPE suministrados por proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC.¹³⁷ Los Estados Unidos, por su parte, adujeron que los proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC están comprendidos dentro de la expresión “instituciones financieras” utilizada por la Lista de China.¹³⁸

El GE revisó las definiciones de diccionario presentadas por las partes y constató que algunas de ellas son suficientemente amplias como para incluir a los proveedores de SPE.¹³⁹ Sin embargo, con buen tino, se abstuvo de extraer conclusiones generales en cuanto al sentido y alcance de la expresión “instituciones financieras extranjeras” basadas en una serie de documentos jurídicos emanados de los ordenamientos jurídicos nacionales tanto de China como de los Estados Unidos, señalando que las definiciones legales que éstos incluían reflejaban los objetivos y necesidades particulares de los ordenamientos jurídicos nacionales.¹⁴⁰

El GE consideró el contexto específico de la expresión “instituciones financieras extranjeras”, y observó, en primer lugar, que la misma aparece en una anotación que se refiere a los compromisos de China relativos a los subsectores a) a f), de lo cual se desprende que las “instituciones financieras extranjeras” son cualesquiera organizaciones, empresas u otras entidades mercantiles extranjeras que presten servicios financieros clasificables en los subsectores a) a f).¹⁴¹ En segundo lugar, el GE observó que la sección C

¹³² *Ibid*, párrafo 7.533.

¹³³ *Ibid*, párrafo 7.538.

¹³⁴ *Ibid*, párrafo 7.548.

¹³⁵ *Ibid*, párrafo 7.542.

¹³⁶ *Ibid*, párrafo 7.543.

¹³⁷ *Ibid*, párrafo 7.544.

¹³⁸ *Ibid*, párrafo 7.546.

¹³⁹ *Ibid*, párrafo 7.550.

¹⁴⁰ *Ibid*, párrafo 7.556.

¹⁴¹ *Ibid*, párrafo 7.551.

de la anotación pertinente de la Lista de China sobre el acceso a los mercados en el modo 3 considera que son “instituciones financieras extranjeras” tanto “los bancos extranjeros” como las “empresas financieras extranjeras”, lo cual permite concluir que la expresión “instituciones financieras extranjeras” incluye instituciones no bancarias.¹⁴² En tercer lugar, el GE destacó que en los subsectores relacionados con los servicios de seguros, la lista de compromisos de China se refiere a “foreign insurance institutions” (compañías extranjeras de seguros) y en los subsectores relacionados con los servicios de operaciones con valores se refiere a “instituciones extranjeras de operaciones de valores”, lo cual refuerza la opinión de que la palabra “institution” hace referencia especialmente a las empresas que prestan los servicios pertinentes.¹⁴³

En base a las consideraciones textuales como contextuales referidas, el GE concluyó que la expresión “instituciones financieras extranjeras” abarca cualquier institución extranjera que suministre servicios clasificables en los subsectores a) a f) y señaló que no hay ninguna razón para excluir a los proveedores de SPE de otros miembros de la OMC.¹⁴⁴ Se desprende de lo expuesto que con respecto a los servicios clasificados en el subsector d) y suministrados por instituciones financieras extranjeras – las cuales incluyen los SPE suministrados por proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC -, China contrajo un compromiso de acceso a los mercados en relación con el modo 3, sujeto a limitación en cuanto a los requisitos que las instituciones extranjeras han de satisfacer para que se les permita realizar operaciones en moneda local.¹⁴⁵

C. Alcance del párrafo 2a) del artículo XVI del AGCS

Los Estados Unidos adujeron que todas las prescripciones en litigio eran incompatibles con el párrafo 2a) del artículo XVI del AGCS porque limitaban el número de proveedores extranjeros de SPE en las transacciones con tarjetas bancarias. En particular, sostuvieron que esas medidas establecían y mantenían a CUP como proveedor “monopolista” y “proveedor exclusivo de servicios” en el sentido del párrafo 2a) del artículo XVI del AGCS con respecto a todas las transacciones con tarjetas bancarias en RMB.¹⁴⁶ Conforme a las declaraciones del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, los Estados Unidos sostuvieron que las expresiones “monopolios” y “proveedores exclusivos de servicios” se deberían interpretar en el sentido de que incluyen no sólo limitaciones “en forma” de monopolios o proveedores exclusivos de servicios, sino también limitaciones que lo son “de hecho”.¹⁴⁷

China, por el contrario, sostuvo que el alcance del párrafo 2a) del artículo XVI incluye únicamente medidas “cuantitativas” o “de carácter cuantitativo” y que, por consiguiente, el artículo XVI no se aplica a medidas que “simplemente tienen el efecto de limitar... el

¹⁴² *Ibid*, párrafo 7.548.

¹⁴³ *Ibid*, párrafo 7.564.

¹⁴⁴ *Ibid*, párrafo 7.566.

¹⁴⁵ *Ibid*, párrafo 7.575.

¹⁴⁶ *Ibid*, párrafo 7.582.

¹⁴⁷ *Ibid*, párrafo 7.582.

número de proveedores de servicios".¹⁴⁸ China adujo que de entenderse que el artículo XVI abarca medidas que "tienen el efecto" de limitar el número de proveedores de servicios, sería necesario considerar que algunas medidas permitidas por otras disposiciones del AGCS están comprendidas en el alcance del artículo XVI debido a su efecto limitador, lo cual "difuminaría la distinción" entre diferentes disciplinas y constituiría una "injerencia" en los derechos de los Miembros.¹⁴⁹ Por otra parte, China no estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que se deba interpretar que la palabra "monopolio" y la expresión "proveedores exclusivos de servicios" tienen el mismo significado.¹⁵⁰

El GE, habiendo descartado la existencia de una prescripción general obligando a utilizar CUP o estableciendo por otro medio a CUP como único proveedor de SPE en todas las transacciones nacionales con tarjetas bancarias en RMB que tengan lugar en China, y la existencia de amplias prohibiciones al uso de "tarjetas que no sean de CUP" para transacciones interregionales o interbancarias¹⁵¹, limitó su análisis a considerar si el párrafo 2a) del artículo XIV del AGCS comprende a las prescripciones relativas a los emisores, a los equipos terminales, a los adquirentes y a las transacciones basadas en tarjetas en RMB que tienen lugar en China, Macao y Hong Kong.¹⁵²

En primer lugar, el GE señaló que el párrafo 2a) del artículo XVI se refiere a los "monopolios" y a los "proveedores exclusivos de servicios", y recordó que no se puede suponer que dichos términos significan lo mismo ya que se le debe dar sentido a todos los términos incluidos en un tratado.¹⁵³ A juicio del GE, el proveedor monopolista es un único proveedor autorizado o establecido de hecho o de derecho, mientras que un proveedor exclusivo es uno entre un pequeño número de proveedores en una situación en que un Miembro autoriza o establece un pequeño número de proveedores de servicios, de hecho o de derecho, e impide en lo sustancial la competencia entre esos proveedores.¹⁵⁴

En segundo lugar, el GE consideró que para determinar el alcance del párrafo 2a) del artículo XVI, no hay que limitarse a analizar si las medidas en cuestión establecen formal o explícitamente un monopolio o un proveedor exclusivo de servicios, sino que es necesario considerar si constituyen una limitación de naturaleza numérica y cuantitativa o, más específicamente, si su naturaleza es tal que limitan a uno o a un pequeño número los proveedores de servicio.¹⁵⁵ La forma de la medida en cuestión, señaló el GE, puede ser cualquier tipo de ley o reglamento impuesto por el gobierno.¹⁵⁶

D. Prescripciones relativas a los emisores, equipos terminales y adquirentes

El GE examinó la naturaleza de las prescripciones relativas a los emisores, equipos terminales y adquirentes y llegó a las siguientes conclusiones: a) ninguna de las

¹⁴⁸ *Ibid*, párrafo 7.583.

¹⁴⁹ *Ibid*, párrafo 7.583.

¹⁵⁰ *Ibid*, párrafo 7.583.

¹⁵¹ Ver supra página 21.

¹⁵² *Ibid*, párrafo 7.578.

¹⁵³ *Ibid*, párrafo 7.587.

¹⁵⁴ *Ibid*, párrafo 7.587.

¹⁵⁵ *Ibid*, párrafo 7.593.

¹⁵⁶ *Ibid*, párrafo 7.592.

prescripciones impuestas a los emisores (esto es, que las tarjetas bancarias emitidas en China lleven el logotipo *Yin Lian/UnionPay*, que los emisores se hagan miembros de la red de CUP, y que las tarjetas bancarias que emiten en China satisfagan determinadas especificaciones comerciales y normas técnicas uniformes), proscriben a los emisores miembros de CUP adherirse a otras redes en China (con el resultado de que las tarjetas bancarias emitidas funcionen en esas otras redes), ni tampoco proscriben que las tarjetas bancarias que cumplan las especificaciones comerciales y normas técnicas uniformes de CUP no deban o no puedan cumplir simultáneamente las de otras redes¹⁵⁷; b) la prescripción de que todas los terminales (cajeros automáticos, dispositivos de procesamiento para los comerciantes y terminales de puntos de venta) en China que son parte de la red interbancaria nacional de procesamiento de tarjetas bancarias puedan aceptar todas las tarjetas bancarias que lleven el logotipo *Yin Lian/UnionPay*, no impide que dichos equipos terminales puedan también aceptar, al mismo tiempo, tarjetas bancarias que lleven el logotipo de otros proveedores de SPE¹⁵⁸, y c) las prescripciones impuestas a los adquirentes que se adhieran a la red de CUP y cumplan normas comerciales y especificaciones técnicas uniformes de interoperabilidad interbancaria, tampoco impiden que los adquirentes puedan aceptar también tarjetas bancarias que puedan ser procesadas en una red interbancaria distinta de la de CUP en China.¹⁵⁹ En función de lo expuesto, el GE sostuvo que ninguna de las prescripciones mencionadas impone una limitación expresa de naturaleza numérica o cuantitativa al número de proveedores de SPE, sea en forma de monopolio o de proveedor exclusivo de servicios incompatibles con el párrafo 2a) del artículo XVI del AGCS.¹⁶⁰

E. Prescripciones relativas a Hong Kong / Macao

El GE constató que ciertos instrumentos jurídicos disponen que CUP y ningún otro proveedor de SPE gestione la compensación de determinadas transacciones con tarjetas bancarias en RMB en que intervenga o bien una tarjeta bancaria en RMB emitida en China y utilizada en Hong Kong o Macao, o una tarjeta bancaria en RMB emitida en Hong Kong o Macao que se utilice en China en una transacción en RMB.¹⁶¹ Asimismo, el GE constató que en la Lista de China figura un compromiso de acceso a los mercados en el modo 3 que abarca el suministro de SPE con arreglo a los modelos tripartito y cuatripartito.¹⁶² El GE señaló que dicho compromiso exige que se permita a los proveedores extranjeros de SPE establecer una presencia comercial en China y suministrar sus servicios desde China a los clientes correspondientes.¹⁶³

Al revisar la definición de “presencia comercial” provista por el artículo XXVIII del AGCS, el GE constató que la misma se ocupa únicamente de la ubicación del proveedor extranjero, no de la del receptor del servicio pertinente ni de la nacionalidad del receptor.¹⁶⁴

¹⁵⁷ *Ibid*, párrafo 7.597.

¹⁵⁸ *Ibid*, párrafo 7.598.

¹⁵⁹ *Ibid*, párrafo 7.599.

¹⁶⁰ *Ibid*, párrafo 7.600.

¹⁶¹ *Ibid*, párrafo 7.606.

¹⁶² *Ibid*, párrafo 7.614.

¹⁶³ *Ibid*, párrafo 7.614.

¹⁶⁴ *Ibid*, párrafo 7.617.

El GE observó también que dicha definición no limita de manera alguna el derecho del proveedor extranjero de suministrar servicios sólo a receptores situados en el territorio en el que ha establecido su presencia comercial¹⁶⁵, y sostuvo que el compromiso contraído por China en el modo 3 no sólo abarca el suministro de SPE a clientes dentro de China, sino también a clientes situados en el territorio de otros Miembros de la OMC.¹⁶⁶

El GE concluyó que las prescripciones que requieren que sea únicamente CUP quien gestione el procesamiento de transacciones con tarjetas bancarias en RMB en las que se utilice una tarjeta bancaria en RMB emitida en China y empleada en Hong Kong o Macao o una tarjeta bancaria emitida en Hong Kong o Macao y empleada en China en una transacción en RMB, imponen una limitación al número de proveedores de servicios en forma de un monopolio en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XVI del AGCS¹⁶⁷ y, en la medida en que China no ha "especificado" "en su Lista" que puede mantener esa limitación, las prescripciones relativas a Hong Kong/Macao impuestas por China resultan incompatibles con el párrafo 2 a) del artículo XVI del AGCS.¹⁶⁸

5. Compatibilidad de las medidas impugnadas con el Artículo XVII del AGCS

Para determinar si las medidas impugnadas¹⁶⁹ eran compatibles con el artículo XVII del AGCS, el GE siguió el enfoque adoptado por el GE encargado del asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, esto es,

- primero, determinar si la parte demandada ha contraído compromisos pertinentes en materia de trato nacional en el sector y modo de suministro pertinentes;
- segundo, determinar si las medidas impugnadas son “medidas que afectan al suministro de servicios” en el sector y modo de suministro pertinentes; y
- tercero, determinar si las medidas impugnadas otorgan a los servicios o los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, un trato menos favorable que el que China dispensa a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.¹⁷⁰

A. Compromisos en el modo 1

La lista de compromisos de China incluye en el subsector d) para el modo 1 la expresión “Sin consolidar ...” en la columna correspondiente al acceso a los mercados y la expresión “Ninguna” en la columna correspondiente a trato nacional. Tales anotaciones

¹⁶⁵ *Ibid*, párrafo 7.617. El GE citó el informe del GE en el asunto *México – Telecomunicaciones*, párrafo 7.375, en el que se llegó a la conclusión de que el compromiso de México relativo al modo 3 abarcaba el suministro de los servicios de telecomunicaciones básicas dentro de México y desde México a cualquier otro país.

¹⁶⁶ *Ibid*, párrafo 7.619.

¹⁶⁷ *Ibid*, párrafo 7.624.

¹⁶⁸ *Ibid*, párrafo 7.624.

¹⁶⁹ Cabe destacar que en interés de la economía procesal, el GE excluyó del análisis de compatibilidad con el artículo XVII a las prescripciones relativas a Hong Kong-/Macao en la medida que afectan al suministro de SPE mediante presencia comercial en China (modo 3), por haberlas encontrado incompatibles con el artículo XVI (Ver *Ibid*, párrafo 7.641).

¹⁷⁰ *Ibid*, párrafo 7.641.

plantean la dificultad de establecer qué sucede con las medidas que limitan el acceso a los mercados en forma discriminatoria, esto es, medidas que son incompatibles tanto con el artículo XVI como con el artículo XVII. Por un lado, parecería que la inscripción “Sin consolidar...” en la columna correspondiente al acceso a los mercados, permite a China mantener cualquier tipo de limitación de acceso a mercados contemplada por los párrafos 2a) a 2f) del artículo XVI, tengan o no tengan carácter discriminatorio. Sin embargo, la anotación “Ninguna” en la columna de trato nacional parece indicar que China se comprometió a no adoptar medidas de carácter discriminatorio de tipo alguno.

Al revisar el ámbito de aplicación de los artículos XVI y XVII, el GE observó que el compromiso pleno de China en materia de trato nacional con arreglo al artículo XVII es extensivo a "todas las medidas que afecten al suministro de un servicio"¹⁷¹, lo que aparentemente incluiría medidas comprendidas en el alcance del artículo XVI, mientras que el compromiso no consolidado de China en materia de acceso a los mercados con arreglo al artículo XVI sería aplicable a medidas que son discriminatorias, y que por tanto están comprendidas en el alcance de su compromiso pleno en materia de trato nacional.¹⁷² Frente a tal situación, las partes discreparon sobre el efecto de la inscripción “Sin consolidar...” en la columna de acceso a los mercados en el alcance del compromiso en materia de trato nacional, en el que la anotación inscrita es “Ninguna”.¹⁷³ Los Estados Unidos adujeron que el compromiso pleno de China en materia de trato nacional implica que las medidas incompatibles con los artículos XVI y XVII están sujetas a las obligaciones que corresponden a China en virtud del artículo XVII.¹⁷⁴ China, por su parte, adujo que el hecho de no haber asumido un compromiso de acceso a los mercados significa que esas medidas no están sujetas a ninguna obligación que pudiera corresponderle en virtud del artículo XVII.¹⁷⁵

Para dirimir la cuestión, el GE se focalizó no tanto en el análisis del ámbito de aplicación de los artículos XVI y XVII sino más bien en la interpretación de las consignaciones “Sin consolidar” y “Ninguna” cuando se aplican a medidas que están en conflicto tanto con las obligaciones en materia de acceso a los mercados como en materia de trato nacional con arreglo a las normas para la consignación de listas, en particular, el párrafo 2 del artículo XX.¹⁷⁶ Dicha norma establece lo siguiente:

“Las medidas incompatibles con los artículos XVI y XVII se consignarán en la columna correspondiente al artículo XVI. En este caso se considerará que la consignación indica también una condición o salvedad al artículo XVII.”

El GE especificó los dos supuestos que se tienen que dar para que dicha provisión sea aplicable, a saber: a) que la medida en cuestión sea incompatible tanto con el artículo XVI

¹⁷¹ Párrafo 1. Artículo XVII, AGCS.

¹⁷² *Ibid*, párrafo 7.655.

¹⁷³ *Ibid*, párrafo 7.649.

¹⁷⁴ *Ibid*, párrafo 7.655.

¹⁷⁵ *Ibid*, párrafo 7.655.

¹⁷⁶ *Ibid*, párrafo 7.656.

como con el artículo XVII, y b) que la medida esté consignada en la columna relativa al acceso a los mercados.¹⁷⁷

Los Estados Unidos adujeron que la norma referida no es aplicable al caso en cuestión puesto que China no consignó en la columna de acceso a los mercados ninguna medida incompatible con los artículos XVI y XVII.¹⁷⁸ Lo que China consignó en la columna de acceso a los mercados es la expresión “Sin consolidar”, la cual, según los Estados Unidos, no puede indicar una condición o salvedad al artículo XVII.¹⁷⁹ El GE, por el contrario, sostuvo que el texto del párrafo 2 del artículo XX no impone ningún requisito de forma para consignar las medidas inconsistentes con los artículos XVI y XVII, ya sea en forma individual o colectivamente¹⁸⁰ y abunda esgrimiendo que sería incongruente sostener que la expresión “Sin consolidar” tuviera un efecto distinto al de la consignación individual de todas las posibles medidas comprendidas en las seis categorías previstas en el párrafo 2 del artículo XVI.¹⁸¹ Por lo tanto, el GE entendió que una consignación de la expresión "Sin consolidar" en la columna de acceso a los mercados debe considerarse como una consignación de "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo XX, concretamente, de todas las medidas posibles comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo XVI.¹⁸²

En virtud de lo expuesto, el GE entendió que se cumplían los supuestos para la aplicación del párrafo 2 del artículo XX al caso en cuestión.¹⁸³ De esta manera, el GE consideró que, por virtud del párrafo 2 del artículo XX, las medidas incompatibles con los artículos XVI y XVII consignadas en la columna de acceso a los mercados bajo la expresión “Sin consolidar”, también indicaban una condición o salvedad al artículo XVII o, en otras palabras, dicha expresión indicaba que China es libre de mantener toda la gama de limitaciones expresadas en las seis categorías del párrafo 2 del artículo XVI, con independencia de que sean o no discriminatorias.¹⁸⁴ La interpretación ofrecida por el GE de la expresión “Sin consolidar” tiene la ventaja que también otorga sentido al término “Ninguna” que figura en la columna de trato nacional. Dicho término indica que, salvo las medidas que limitan el acceso a los mercados en forma discriminatoria, China está obligada a no adoptar ni mantener ninguna otra medida que sea contraria al artículo XVII.¹⁸⁵

¹⁷⁷ *Ibid*, párrafo 7.658.

¹⁷⁸ *Ibid*, párrafo 7.659.

¹⁷⁹ *Ibid*, párrafo 7.659.

¹⁸⁰ *Ibid*, párrafo 7.659.

¹⁸¹ *Ibid*, párrafo 7.659.

¹⁸² *Ibid*, párrafo 7.659.

¹⁸³ *Ibid*, párrafo 7.659.

¹⁸⁴ *Ibid*, párrafo 7.660.

¹⁸⁵ *Ibid*, párrafo 7.663. El GE señaló al respecto que el compromiso de China en materia de trato nacional tendría aplicación práctica si China, por ejemplo, optara por permitir en la práctica el suministro de servicios a su mercado desde el territorio de otros Miembros de la OMC, a pesar de que no ha contraído ningún compromiso en materia de acceso a los mercados en los subsectores a) a f) de su Lista. Si así fuese, el compromiso en materia de trato nacional impediría a China adoptar medidas discriminatorias contra los servicios o proveedores de servicios extranjeros.

Aplicando la interpretación expuesta a las prescripciones en litigio, el GE arribó a las siguientes conclusiones:

- a) Las prescripciones relativas a Hong Kong/Macao constituyen una limitación al acceso a los mercados en el modo 1 del tipo contemplado en el párrafo 2a) del artículo XVI, pero en la medida que la expresión “Sin consolidar” en la columna de acceso a los mercados constituye una condición o salvedad al artículo XVII, dichas prescripciones no son incompatibles con las obligaciones que corresponden a China en virtud del párrafo 1 del artículo XVII del AGCS.¹⁸⁶ En otras palabras, por lo que respecta a las prescripciones relativas a Hong Kong / Macao, China no está obligada a otorgar trato nacional a los SPE suministrados por el modo 1 y a los proveedores de SPE de otros Miembros que suministran por el modo 1.
- b) Por el contrario, las prescripciones relativas a los emisores, los equipos terminales y los adquirentes no constituyen una limitación cuantitativa de las previstas por el párrafo 2a) del artículo XVI. En consecuencia, la inscripción “Sin consolidar” que figura en la columna de acceso a los mercados en el modo 1 no es aplicable a esas prescripciones y por ende, dicha expresión no puede fungir como una condición o salvedad al artículo XVII.¹⁸⁷ Dicho de otra manera, las prescripciones relativas a los emisores, los equipos terminales y los adquirentes están sujetas a las obligaciones que corresponden a China en virtud del párrafo 1 del artículo XVII respecto de los SPE suministrados por el modo 1 y los proveedores de SPE de otros Miembros que suministran por el modo 1.

Mediante esta interpretación, el GE resolvió las ambigüedades que plantea la interpretación de las medidas cuantitativas discriminatorias cuando se incluyen las expresiones “Sin consolidar” en la columna de acceso a mercados y “Ninguna” en la columna de trato nacional. Del mismo modo, dicha interpretación otorga a los Miembros la máxima flexibilidad para consignar compromisos específicos en materia de acceso a los mercados y al trato nacional.

B. Compromisos en el modo 3

La anotación pertinente en la Lista de China en la columna titulada “Limitaciones al trato nacional” correspondiente al modo 3 en el subsector d) es la siguiente:

“3) Salvo respecto de las restricciones geográficas y las limitaciones sobre los clientes para las operaciones en moneda local (enumeradas en la columna sobre el acceso a los mercados), las instituciones financieras extranjeras podrán realizar actividades sin restricciones ni necesidad de aprobación caso por caso con empresas con inversión extranjera, personas físicas no chinas, personas físicas chinas y empresas chinas. Fuera de ello: ninguna.”

El GE observó que las restricciones geográficas y las limitaciones sobre los clientes para las operaciones en moneda local enumeradas en la columna sobre el acceso a los

¹⁸⁶ *Ibid* párrafos 7.666-669.

¹⁸⁷ *Ibid*, párrafo 7.670.

mercados, tal como se desprende de la lista en cuestión, eran limitaciones de carácter temporal que caducaron a los cinco años siguientes a la entrada en vigencia del protocolo de adhesión de China a la OMC.¹⁸⁸ Asimismo, por los motivos ya señalados y contrariamente a lo que adujo China, el GE entendió que los proveedores de SPE son “instituciones financieras extranjeras”.¹⁸⁹ En definitiva, el GE concluyó que por lo que respecta a los SPE suministrados por los proveedores de otros Miembros de la OMC, China contrajo un compromiso ilimitado en materia de trato nacional concerniente al modo 3 salvo por un requisito de carácter cautelar expresamente incluido en la columna de acceso a los mercados, esto es, para que las instituciones financieras extranjeras puedan realizar actividades en moneda local deben contar con tres años de actividad mercantil en China con rentabilidad durante dos años consecutivos antes de la solicitud.¹⁹⁰

C. La cuestión de si las prescripciones de China afectan al suministro de servicios

Habiendo comprobado que la parte demandada ha contraído compromisos pertinentes en materia de trato nacional en el subsector d), en los modos 1 y 3, el GE pasó a considerar si las medidas impugnadas - prescripciones relativas a los emisores, equipos terminales y adquirentes - son “medidas que afectan al suministro de servicios”. En este sentido, el GE recordó que en el caso *CE-Banano III* el Órgano de Apelación señaló que el término “afectar” “... denota una medida que tiene “un efecto sobre”, y ello indica un amplio campo de aplicación”.¹⁹¹ Teniendo presente tal interpretación, el GE observó que las tres prescripciones impugnadas no están dirigidas a los proveedores de SPE sino que están dirigidas, entre otros, a los emisores de tarjetas y comerciantes adquirentes, sin embargo, dichas prescripciones están expresamente relacionadas con un proveedor – y sólo un proveedor – de SPE, a saber, CUP.¹⁹² El GE señaló que en la medida en que dichas prescripciones tienen un efecto sobre las condiciones en las que CUP puede suministrar sus servicios, también tienen un efecto consiguiente sobre las condiciones en que los posibles competidores de CUP, que incluyen los proveedores de SPE de otros Miembros, pueden suministrar sus servicios en China, y concluyó que dichas prescripciones “afectan” al suministro de servicios en el sentido del párrafo 1 del artículo XVII.¹⁹³

D. La cuestión de similitud

La tercera parte del examen seguido por el GE para juzgar si las medidas impugnadas son incompatibles con el artículo XVII consiste en determinar si las mismas otorgan a los servicios o los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, un trato menos favorable que el que China dispensa a sus propios servicios similares y proveedores de

¹⁸⁸ *Ibid*, párrafo 7.674.

¹⁸⁹ *Ibid*, párrafo 7.675.

¹⁹⁰ *Ibid*, párrafo 7.678.

¹⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE-Banano III*, párrafo 220, citado por el Informe del Grupo Especial China – Servicios de pago electrónico, párrafo 7.681.

¹⁹² *Ibid*, párrafo 7.686.

¹⁹³ *Ibid*, párrafo 7.686.

servicios similares. Ello requiere examinar, en primer lugar, la cuestión de la similitud entre “servicios” y “proveedores de servicios” nacionales y extranjeros.

Los Estados Unidos invocaron el criterio sostenido por el GE en el caso *China-Publicaciones y productos audiovisuales* según el cual el requisito de similitud se cumple cuando la diferencia de trato entre proveedores nacionales y extranjeros de servicios está basada exclusivamente en el origen.¹⁹⁴ Sin embargo, el GE sostuvo que dicho criterio no es aplicable al caso en cuestión ya que la diferencia de trato que imponen las prescripciones impugnadas no está basada exclusivamente en el origen, por ejemplo, las prescripciones relativas a los emisores no prevén un trato diferente para los proveedores de SPE chinos, por un lado, y los proveedores de SPE de otros Miembros por otro.¹⁹⁵ Antes bien, dichas prescripciones distinguen entre CUP y todos los demás proveedores de SPE, cualquiera sea su origen, sean chinos o extranjeros. De la misma manera, las prescripciones relativas a los equipos terminales y a los adquirentes también trazan una distinción entre CUP y otros proveedores de SPE que no se basa en el origen, sino en la identidad del proveedor de SPE o en la red que éste opera. Al igual que lo sostenido en el caso *China-Publicaciones y productos audiovisuales*, el GE entendió que en los casos en los que la diferencia de trato no está vinculada exclusivamente al origen de los proveedores de servicios sin a otros factores, es necesario realizar un análisis más detallado de la cuestión de la similitud.¹⁹⁶

En primer lugar, el GE observó que el sentido corriente de la expresión “similar” se refiere a las características o cualidades de personas o cosas que son “aproximadas” o “parecidas” en virtud de lo cual es posible hallar una similitud entre dos servicios aun cuando no sean exactamente los mismos.¹⁹⁷ En segundo lugar, el GE reparó en el contexto de la expresión “servicios similares”, en particular, el párrafo 3 del artículo XVII que establece que se considerará que un Miembro otorga un trato menos favorable si “modifica las condiciones de competencia a favor de los servicios... [de ese] Miembro en comparación con los servicios similares... de otro Miembro”, e infiere de dicha provisión que los servicios similares son servicios que están en relación de competencia unos con otros y que el objeto del artículo XVII consiste en velar por la igualdad de oportunidades competitivas para los servicios similares de otros Miembros.¹⁹⁸ En virtud de lo expuesto, el GE concluyó que si se determina que los servicios en cuestión en un caso en particular son esencial o generalmente los mismos en lo que se refiere a la competencia, esos servicios serían “similares” a los efectos del Artículo XVII¹⁹⁹, y agregó que la determinación de similitud debe hacerse caso por caso, basándose en argumentos y pruebas concernientes a la relación de competencia entre los servicios objeto de la comparación y sobre la base de las pruebas en su conjunto.²⁰⁰

¹⁹⁴ Informe del Grupo Especial, *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 7.975, citado por el Informe del Grupo Especial *China – Servicios de pago electrónico*, párrafo 7.695.

¹⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 7.696.

¹⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 7.697.

¹⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 7.699.

¹⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 7.700.

¹⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 7.702.

²⁰⁰ *Ibid.*, párrafos 7.701-702.

Los Estados Unidos ofrecieron pruebas sobre la relación de competencia existente entre los servicios proporcionados por CUP y por otros proveedores de SPE de otros Miembros, a saber: a) proporcionan una infraestructura para el procesamiento de datos; b) suministran servicios relacionados con la conmutación interbancaria de información sobre tarjetas bancarias; c) participan en la autorización y compensación de transacciones con tarjetas de pago y facilitan su pago; d) participan en la transferencia de datos e información conexa; e) establecen normas, reglas y procedimientos comunes que permiten transmitir información sobre transacciones y procesar datos para tramitar las transacciones con tarjetas de pago, y f) median o arbitran en diferencias comerciales resultantes de transacciones con tarjetas de pago.²⁰¹ Al valorar dichas pruebas, el GE concluyó que las mismas son suficientes para crear una presunción de que los servicios suministrados por CUP y los suministrados por proveedores de SPE de otros Miembros son, en lo fundamental, los mismos en lo que se refiere a la competencia.²⁰²

Con respecto a la cuestión de la “similitud” entre los proveedores de servicios, el GE observó que tanto CUP como los proveedores de SPE de otros Miembros suministran servicios similares, lo cual, como se ha señalado en el caso *CE-Banano III (Ecuador)*, puede crear una presunción que son proveedores de servicios “similares”.²⁰³ El GE agregó que las pruebas ofrecidas señalan que los proveedores de SPE de otros Miembros perciben a CUP como un competidor en el mercado mundial. Finalmente, el GE consideró que si se aceptase que la CUP y los proveedores de SPE de otros Miembros “no sean similares”, se facilitaría la elusión de la obligación de otorgar trato nacional y privaría de todo efecto útil al artículo XVII.²⁰⁴ En virtud de todo lo cual, el GE concluyó que CUP y los proveedores de SPE de otros Miembros son proveedores de SPE “similares”, al menos en la medida en que suministran servicios “similares”.²⁰⁵

E. La cuestión de trato menos favorable

Como parte final del test de compatibilidad de las medidas impugnadas con el artículo XVII, el GE examinó si las prescripciones relativas a los bancos emisores, equipos terminales y bancos adquirentes otorgan un “trato menos favorable” a los proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC que el otorgado a CUP.

Con respecto a las prescripciones relativas a los emisores, el GE recordó su anterior constatación de que China requiere que las tarjetas bancarias en RMB y las tarjetas bancarias de doble moneda emitidas en China por bancos comerciales y utilizables en transacciones interbancarias nacionales en RMB lleven el logotipo *Yin Lian/UnionPay* en el anverso.²⁰⁶ El GE observó que como consecuencia de dicha prescripción, cualquier proveedor de SPE de otro Miembro que desee que un banco comercial de China emita una tarjeta bancaria en su red no tendría más opción que aceptar que el característico logotipo

²⁰¹ *Ibid*, párrafo 7.703.

²⁰² *Ibid*, párrafo 7.704.

²⁰³ *Ibid*, párrafo 7.706.

²⁰⁴ *Ibid*, párrafo 7.707.

²⁰⁵ *Ibid*, párrafo 7.708.

²⁰⁶ *Ibid*, párrafo 7.712.

Yin Lian/UnionPay figurara prominentemente en el anverso de esa tarjeta.²⁰⁷ Asimismo, como consecuencia de dicha prescripción los emisores tienen que dar publicidad al logotipo *Yin Lian/UnionPay* aplicándolo en todas las tarjetas que emiten, y tienen que hacerlo gratuitamente, mientras que los proveedores de SPE de otros Miembros no tienen derecho a que su logotipo figure en las tarjetas de la marca CUP.²⁰⁸ El GE advirtió que de esta manera se aumentaba la visibilidad de la red CUP señalando además que el reconocimiento de la marca es uno de los principales factores competitivos en el sector de pagos mundiales.²⁰⁹

El GE recordó también que las prescripciones relativas a los emisores en materia de interoperabilidad requieren que todos los bancos comerciales que emitan tarjetas bancarias para uso en transacciones interbancarias nacionales en RMB en China sean miembros de CUP, mientras que los proveedores de SPE de otros Miembros tienen que dedicar tiempo y esfuerzo para persuadir a los emisores para que se adhieran a sus redes.²¹⁰ Asimismo, dichas prescripciones requieren que todas las tarjetas bancarias que emitan bancos comerciales para ese uso -tanto tarjetas de CUP como otras tarjetas- puedan ser procesadas mediante la red de CUP, mientras que las tarjetas de CUP no tienen por qué ser interoperables con las redes de proveedores de SPE de otros Miembros.²¹¹

Respecto de las prescripciones relativas a los equipos terminales, el GE recordó que todos los equipos terminales en China deben poder aceptar todas las tarjetas bancarias que lleven el logotipo *Yin Lian/UnionPay*. Por su parte, los proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC tienen que dedicar tiempo y esfuerzo para asegurarse que los equipos terminales también puedan procesar transacciones en sus redes y, a pesar de los esfuerzos, corren el riesgo de que los bancos comerciales, los adquirentes y los comerciantes se nieguen a ello.²¹² El GE observó que el nivel de acceso a los terminales de bancos y comerciantes que tiene un proveedor de SPE – en particular la cantidad y calidad de los establecimientos en los que pueden utilizarse tarjetas bancarias – es un elemento determinante de su atractivo para emisores y usuarios de tarjetas bancarias, y en consecuencia para su posición competitiva.²¹³

Finalmente, respecto de las prescripciones relativas a adquirentes, el GE recordó, en primer lugar, que los equipos terminales operados por los bancos adquirentes y los equipos terminales para comerciantes proporcionados por los adquirentes deben tener la capacidad técnica para aceptar tarjetas que lleven el logotipo *Yin Lian/Union Pay*, mientras que los proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC tienen que dedicar tiempo y esfuerzo para asegurarse que los equipos terminales también puedan procesar transacciones en sus redes y, a pesar de los esfuerzos, corren el riesgo de que los bancos adquirentes se nieguen a ello.²¹⁴ En segundo lugar, el GE observó que todos los bancos adquirentes deben adherirse a la red CUP y satisfacer normas comerciales y especificaciones técnicas de

²⁰⁷ *Ibid*, párrafo 7.712.

²⁰⁸ *Ibid*, párrafo 7.712.

²⁰⁹ *Ibid*, párrafo 7.712.

²¹⁰ *Ibid*, párrafo 7.714.

²¹¹ *Ibid*, párrafo 7.714.

²¹² *Ibid*, párrafo 7.725.

²¹³ *Ibid*, párrafo 7.725.

²¹⁴ *Ibid*, párrafo 7.736.

interoperabilidad interbancaria uniformes, mientras que los proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC tienen que dedicar tiempo y esfuerzo para asegurarse que los bancos adquirentes se adhieran a sus redes y puedan aceptar tarjetas bancarias interoperables con sus redes.²¹⁵ En este sentido, el GE destacó el rol estratégico de los adquirentes, que adquieren transacciones de comerciantes y proporcionan a los comerciantes equipos terminales que pueden procesar transacciones en la red de un proveedor de SPE determinado.²¹⁶ En tercer lugar, el GE recordó que los adquirentes tienen que aplicar el logotipo Yin Lian/Union Pay en los equipos terminales que proporcionan a los comerciantes, mientras que los proveedores de SPE de otros Miembros de la OMC que deseen que los bancos adquirentes incluyan también su logotipo en los equipos terminales, deben dedicar tiempo y esfuerzo para lograrlo, aun a riesgo de no conseguirlo. El GE destacó que el rol estratégico de los logotipos en los equipos terminales ya que pueden generar transacciones adicionales.²¹⁷ Por el contrario, el hecho de que el logotipo de otro proveedor de SPE no figure en el equipo terminal podría inducir a error a los titulares de las tarjetas, sugiriendo que sus tarjetas no serían aceptadas.²¹⁸

Basándose en estos elementos, el GE estimó que las prescripciones relativas a los bancos emisores, equipos terminales y bancos adquirentes modifican las condiciones de competencia en favor de CUP y, por ende, puede considerarse, conforme al párrafo 3 del artículo XVII, que dan lugar a que los proveedores de SPE similares de otros Miembros reciban un trato menos favorable que CUP.²¹⁹ El GE señaló además que las condiciones de competencia de los proveedores de SPE de otros Miembros se ven modificadas desfavorablemente con independencia de si los servicios pertinentes se prestan por el modo 1 o por el modo 3.²²⁰

En definitiva, el GE concluyó que en la medida que las prescripciones relativas a los bancos emisores, equipos terminales y bancos adquirentes: a) están sujetas a compromisos enunciados en las anotaciones de China sobre trato nacional en el modo 1 y el modo 3 concernientes al subsector d); b) son medidas que afectan al suministro de servicios y c) son medidas que otorgan a SPE similares y proveedores de SPE similares un trato menos favorable que el dispensado a CUP y sus SPE, con independencia de que los servicios pertinentes se presten por el modo 1 o por el modo 3; dichas medidas son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XVII del AGCS.²²¹

Los Estados Unidos solicitaron al GE que determine que las prescripciones en litigio son incompatibles con el párrafo 1 del artículo XVII no sólo individualmente sino también cuando operan en su conjunto, sin embargo, el GE consideró que no era necesario examinar las prescripciones impugnadas en su conjunto ya que la valoración de que dichas

²¹⁵ *Ibid*, párrafo 7.737.

²¹⁶ *Ibid*, párrafo 7.737.

²¹⁷ *Ibid*, párrafo 7.738.

²¹⁸ *Ibid*, párrafo 7.738.

²¹⁹ *Ibid*, párrafos 7.712, 7.714, 7.725 y 7.738.

²²⁰ *Ibid*, párrafos 7.715, 7.726, 7.739.

²²¹ *Ibid*, párrafos 7.743 - 745.

prescripciones consideradas individualmente son incompatibles con la norma en cuestión era suficiente para lograr una solución positiva a la diferencia.²²²

IV. Comentarios Finales

A modo de conclusión, vale la pena resumir algunos aportes interpretativos novedosos realizados por este Informe del GE en materia de clasificación de servicios en la lista de compromisos específicos de los Miembros y de algunas provisiones del AGCS.

En primer lugar, la fundamentación de clasificar los SPE en el subsector d) del sector 7.B de la lista de compromisos específicos, esto es, “[t]odos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajero y giros bancarios (incluyendo los pagos por importaciones y exportaciones)” en lugar del subsector xiv) del Anexo sobre Servicios Financieros, esto es, “[s]ervicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables”, incluye una serie de pautas interpretativas que serán de utilidad para resolver futuros problemas de clasificación de servicios que, sin duda, van a ser cada vez más recurrentes debido a las limitaciones del sistema de clasificación utilizado por los Miembros para consignar compromisos relativos a toda una nueva generación de servicios creados a partir de la revolución de las tecnologías de la información.²²³

En este sentido, si bien el GE reafirmó el principio de mutua exclusión de los sectores y subsectores de la lista de un Miembro, reconoció, al mismo tiempo, la posibilidad de clasificar en un único sector a un servicio compuesto por una combinación de servicios diferentes, cuando de tal combinación resulta un servicio nuevo y distinto, el servicio integrado, que se suministra y consume como tal. Al respecto, el GE destacó que la clasificación de los servicios no es un ejercicio abstracto, sino que deben tenerse debidamente en consideración la realidad del mercado y la realidad reglamentaria, ya que una clasificación que refleje esas realidades y esté en consonancia con ellas contribuye a la claridad y, por lo tanto, a la seguridad y previsibilidad de los compromisos específicos contraídos en el marco del AGCS. Finalmente, en consonancia con el objetivo de lograr una mayor sintonía con la realidad del mercado, el GE se manifestó partidario de recurrir a las fuentes del sector como información relevante para interpretar los tratados. Si bien reconoció que dichas fuentes pueden ser “segadas e interesadas”, estableció claramente que ello no es una razón suficiente para desestimarlas de plano como posibles pruebas pertinentes del sentido corriente de un término concreto en una rama de producción determinada. Esto representa una buena noticia para la creciente industria del “offshoring”²²⁴ ya que contribuye a otorgar mayor certeza respecto de la clasificación de servicios como

²²² *Ibid*, párrafos 7.746-7.748.

²²³ Sobre los desafíos de adecuar el AGCS a los cambios en material de comercio de servicios introducidos por las nuevas tecnologías de la información, ver Gari, Gabriel “GATS and offshoring: is the regulatory framework ready for the trade revolution?”[2012], *Journal of World Trade*, Vol 46, Issue 6.

²²⁴ Estrategia corporativa consistente en transferir algunas de las actividades recurrentes de una empresa a proveedores externos en aras de maximizar eficiencias y reducir costos.

“ITO”, “BPO” y “KPO”²²⁵ que, por definición, son servicios intermedios que se combinan para permitir la prestación de un servicio integrado.

En segundo lugar, en tiempos de crisis financieras que reclaman más que nunca asegurar el derecho de los Miembros de reglamentar la prestación de servicios por razones prudenciales, cabe destacar la reafirmación por parte del GE, del derecho de China de imponer criterios de autorización cautelares, citando, entre otros la referencia al derecho a reglamentar incluida en el preámbulo del AGCS, el párrafo 2^a) del Anexo sobre servicios financieros y los párrafos 1 y 5 del artículo VI del AGCS. El GE sostuvo que estos últimos confirman el derecho de los Miembros de adoptar, con sujeción a determinadas disciplinas, medidas que afecten al comercio de servicios incluso en los sectores en los que se haya contraído compromisos específicos, tales como prescripciones no discriminatorias en materias de licencias y títulos de aptitud y normas técnicas.

En tercer lugar, con respecto a los criterios a tener en cuenta para determinar el alcance del párrafo 2^a) del artículo XVI, el GE remarcó la necesidad de no limitarse a analizar si las medias en cuestión establecen formal o explícitamente un monopolio o un proveedor exclusivo de servicios, sino también considerar si constituyen una limitación de naturaleza numérica y cuantitativa o, más específicamente, si su naturaleza es tal que limitan a uno o a un pequeño número los proveedores de servicio.

En cuarto lugar, el GE resolvió de manera inteligente las ambigüedades que plantea la interpretación de las medidas cuantitativas discriminatorias cuando se incluyen las expresiones “Sin consolidar” en la columna de acceso a mercados y “Ninguna” en la columna de trato nacional, focalizándose no tanto en el análisis del ámbito de aplicación de los artículos XVI y XVII sino más bien en la interpretación de las consignaciones “Sin consolidar” y “Ninguna” con arreglo a las normas para la consignación de listas, en particular, el párrafo 2 del artículo XX. En este sentido, el GE entendió que la expresión “Sin consolidar” en la columna de acceso a los mercados, indica una condición o salvedad a la obligación de trato nacional del Miembro, que le permite mantener las limitaciones de acceso a mercado previstas por el párrafo 2 del artículo XVI, con independencia de que sean o no discriminatorias, sin embargo, se mantiene obligado a no adoptar ni mantener cualquier otra medida que sea contraria con el artículo XVII.

Finalmente, con respecto a los criterios a tener en cuenta para determinar si dos servicios en cuestión son similares, el GE reparó en el contexto de la expresión “servicios similares”, en particular, el párrafo 3 del artículo XVII que establece que se considerará que un Miembro otorga un trato menos favorable si “modifica las condiciones de competencia a favor de los servicios... [de ese] Miembro en comparación con los servicios similares... de otro Miembro”, concluyendo que para satisfacer la condición de similitud no es necesario establecer que los servicios en cuestión compartan exactamente las mismas características o cualidades sino que bastaría con comprobar que están en relación de competencia. El GE

²²⁵ ITO: Information Technology Outsourcing, BPO: Business Process Outsourcing, KPO: Knowledge Process Outsourcing. Sobre las dificultades del AGCS en garantizar las condiciones de acceso a los mercados a esta industria ver Gari, Gabriel” GATS and offshoring: is the regulatory framework ready for the trade revolution?”[2012], *Journal of World Trade*, Vol. 4

agregó que la determinación de similitud debe hacerse caso por caso, basándose en argumentos y pruebas concernientes a la relación de competencia entre los servicios objeto de la comparación y sobre la base de las pruebas en su conjunto.
